

UNIVERSITE DE PARIS — FACULTE DE DROIT

DE LA NOTION DE CRÉANCIER DE LA MASSE DANS LA FAILLITE

THÈSE POUR LE DOCTORAT EN DROIT

Présentée et soutenue le Lundi 3 Juin 1935, à 14 heures

PAR

J. LÉO MELLER

MEMBRES DU JURY :

Président : M. R. DEMOGUE

Suffragants : { M. Maurice PICARD } Professeurs
 { M. AMIAUD }



PARIS

LIBRAIRIE ARTHUR ROUSSEAU

ROUSSEAU ET C^{ie}, ÉDITEURS

14, RUE SOUFFLOT ET RUE TOULLIER, 13 (V^e)

—
1935

*Tous droits de reproduction, de traduction et d'adaptation
réservés pour tous pays*

THÈSE

POUR LE DOCTORAT EN DROIT

La Faculté n'entend donner ni approbation ni improbation aux opinions émises dans les thèses ; ces opinions doivent être considérées comme propres à leurs auteurs.



INTRODUCTION

La faillite est la procédure suivie contre un commerçant qui ne peut plus faire face à ses engagements. Les causes en sont nombreuses, les conséquences toujours redoutables. Le manquement d'un seul négociant mettra en difficultés tous ceux de ses créanciers qui attendaient ce paiement pour assurer leurs propres échéances. Leur défaut sera suivi d'autres, et ainsi de proche en proche se formeront ces « cascades de faillites » si dangereuses pour l'économie d'un pays.

C'est ce danger qui justifie l'intervention de la loi dans les rapports entre le débiteur et ses créanciers, et explique le caractère d'ordre public de toutes les dispositions relatives à la faillite ; laissé à lui-même, le débiteur aux abois tentera de prolonger sa vie commerciale par des opérations aventureuses qui pourront aggraver sa situation. Puis au jour de l'échéance, il paiera de ses dernières disponibilités les créanciers qui lui paraîtront les plus dangereux : ceux qui, par exemple, déjà munis d'un titre exécutoire, seraient en mesure de saisir ses biens. Ainsi, tandis qu'un petit nombre de créanciers mieux renseignés ou plus prudents seraient totalement désintéressés, tous les autres payeraient d'une perte intégrale la con-

fiance qu'ils auraient eue en une réputation commerciale jusqu'alors insoupçonnée.

L'idéal législatif en la matière sera donc, dans le malheur commun, de faire subir à chaque créancier une perte proportionnelle au montant de ses droits dans le total des dettes, et de réduire le risque en le répartissant entre tous. Ainsi dilué, le dommage sera moins sensible à chacun.

La loi française du 28 mai 1838 sur les faillites, qui constitue actuellement le Livre III du Code de Commerce, suivie en cela par les lois étrangères, s'est efforcée à réaliser ce but, en réunissant, par un premier effet de la déclaration de faillite, tous les créanciers du commerçant en difficultés, dans un groupement non volontaire qu'elle appelle « *La Masse* ».

Cette masse est constituée sur le mode général des groupements d'intérêts. Elle se compose d'un organe d'initiative et d'exécution : le syndic, d'un organe délibérant ; l'assemblée des créanciers, et de trois organes de surveillance superposés suivant la gravité des intérêts engagés : les contrôleurs s'il en a été nommé, le juge-commissaire, le Tribunal de Commerce ; enfin elle possède un patrimoine formé des différents droits que chacun des créanciers pouvait faire valoir contre le failli. La loi a complété ce patrimoine en lui ajoutant un certain nombre d'autres droits personnels à la masse : mainmise sur les biens dont le failli est corrélativement dessaisi, actions en nullité ou en annulation de certains actes juridiques accomplis trop tardivement par le commerçant, ou présumés frauduleux en raison de leur nature même (art. 446 à 449 Code de Commerce).

La situation des créanciers est donc fortifiée par leur groupement dans la masse. Ils sont mieux armés pour obtenir tous les effets utiles de leurs droits. En échange de ces avantages exceptionnels, la loi n'exige d'eux que des sacrifices comparativement bien moindres : suspension pendant toute la durée de la procédure des poursuites individuelles et des mesures d'exécution même déjà commencées (1) (art. 527, 539 et 571 Code de Commerce, et art. 5 loi du 4 mars 1889), suppression à l'égard de la masse de tous les intérêts accessoires aux créances (art. 445 Code de Commerce).

La suite de la procédure de faillite aura pour objet de permettre aux créanciers de choisir, sous le contrôle du Tribunal de Commerce, entre consentir au failli un concordat qui le restituera en l'intégralité de ses droits, tout en lui laissant certaines facilités pour se libérer, ou bien à défaut d'un tel accord, liquider son patrimoine et répartir les sommes ainsi obtenues entre tous les créanciers, proportionnellement à l'importance de leurs droits dans l'ensemble du passif.

Certaines opérations sont cependant nécessaires au préalable. Il faut d'abord savoir quels sont les membres de la masse, d'où procédure de vérification et d'affirmation des créances (art. 491 à 503 Code de Commerce), ensuite fixer définitivement la composition des biens lui revenant, par la levée des scellés, l'inventaire et l'exercice, s'il y a lieu des actions en nullité personnelles à la masse. C'est là la période préparatoire de la faillite.

(1) Cette suspension ne concerne pas les créanciers qui ont reçu une sûreté particulière en garantie de leurs droits. Ils conservent la faculté de réaliser leurs gages et restent à cet égard en dehors de la faillite. Conf. III^e partie, chapitre 2.

Puis, les créanciers enfin exactement informés de la situation pourront prendre parti sur la solution que leur intérêt leur commandera de donner à la faillite. Ces diverses phases de la procédure exigeront du temps. Depuis le jour de la déclaration de faillite jusqu'à celui où une des diverses solutions sera devenue définitive, bien des mois auront passé, pendant lesquels le commerce du débiteur risquera fort d'être arrêté. En effet, d'après les principes que nous avons esquissés, le failli est dessaisi de son patrimoine, il ne peut plus faire un acte juridique qui soit opposable à la masse. Logiquement il devrait cesser l'exploitation de son commerce.

Cet abandon lui serait préjudiciable, mais le tort serait bien plus grand encore, pour la masse. La clientèle que le failli aura mis des années à réunir, se disperserait, et les concurrents en profiteraient pour tenter de l'attirer. Le danger en est d'autant plus redoutable pour la masse que bien souvent l'élément essentiel de la valeur du fond ne sera pas le matériel ou les marchandises, mais bien plutôt la réputation qu'une exploitation sérieuse et honnête aura valu à l'entreprise. Le véritable gage des créanciers ce sera le nom de leur débiteur.

De tels avantages sont précieux, mais il faut peu de temps pour les perdre. M. Lyon-Caen écrit à ce sujet (1) : « La discontinuation du commerce du failli, pourra en faisant disparaître une partie de la clientèle, diminuer la valeur du fonds de commerce, et cette diminution causera un grave préjudice aux créanciers en cas de vente de fonds après union ou abandon, et au débiteur remis à la tête de ses affaires par un concordat simple. » Même dans

(1) Note au S. 1902.1.481.

ce cas en effet, les créanciers risqueront fort de voir s'accroître leur perte, car plus le débiteur concordataire aura de peine à retrouver le cours normal de ses affaires, moins il lui sera facile de tenir ses engagements.

Le Code de Commerce et la loi du 4 mars 1889 sur la liquidation judiciaire ont prévu ce danger. L'article 470 du Code de Commerce nous dit : « La vente des objets sujets à déperissement ou à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver, et l'exploitation du fonds de commerce, auront lieu à la diligence des syndics, sur l'autorisation du juge-commissaire » et l'article 6, 3^e alinéa de la loi du 4 mars 1889 confirme que « le débiteur peut aussi avec l'assistance des liquidateurs, et l'autorisation du juge-commissaire continuer l'exploitation de son commerce ou de son industrie ».

Ainsi donc dans ces deux cas, la loi prévoit formellement que le syndic ou le liquidé, assisté du liquidateur, pourront sous réserve de l'autorisation du juge-commissaire continuer l'exploitation du fonds. Ces dispositions sont-elles suffisantes pour prémunir la masse contre les dangers de l'interruption du commerce ? Certainement non.

Prévoir simplement que l'exploitation pourra « être continuée », c'est oublier que le résultat normal, la raison d'être même de cette procédure, est la répartition entre les créanciers d'un dividende qui, même dans les faillites les plus heureuses, ne sera qu'une quote-part de la dette. Les créanciers antérieurs au jugement déclaratif sont bien obligés de s'en contenter, mais au moment où ils ont traité, ils croyaient que la signature du commerçant valait de l'argent et que l'affaire leur laisserait un bénéfice. Qui acceptera jamais de traiter avec la certitude

de subir une perte ? Or, pour gérer le commerce du failli, le syndic aura besoin de conclure de nouveaux marchés afin par exemple de renouveler les stocks épuisés. Il aura aussi intérêt à conserver le bénéfice des contrats déjà passés par le débiteur avant le jugement déclaratif, et cela dans bien des hypothèses : il lui faudra d'abord s'assurer qu'il pourra continuer à occuper les locaux où est exploité le commerce si le failli n'en est pas propriétaire, conserver le concours des employés, mieux au courant que lui-même des goûts et des habitudes de la clientèle, s'assurer contre l'incendie, le vol, le bris des glaces, etc.

D'autre part, même s'il ne juge pas utile de continuer le commerce, le syndic aura cependant besoin de passer certains contrats, ne serait-ce que pour assurer les marchandises qu'il aura trouvée en magasin, engager les employés nécessaires pour faire l'inventaire, réparer les immeubles qui menacent ruine, conserver l'usage des fûts, récipients, wagons-foudres, ou sacs, contenant des produits qu'il serait peut-être désavantageux de vendre rapidement.

Comment le syndic trouvera-t-il des commerçants disposés à entrer en relations d'affaires avec lui ? Comment empêchera-t-il les cocontractants du failli de se prévaloir de la clause de résolution expresse, ou tacite par la volonté de la loi, pour demander la résolution du marché, dès qu'ils auront la certitude de ne plus recevoir qu'une partie du prix prévu ?

Il sera nécessaire pour cela que le syndic, ou plus exactement la masse, jouisse d'un certain *crédit*. Pour lui assurer ce crédit un seul moyen s'offre au syndic : garantir aux tiers qui auront traité avec lui pendant la

période préparatoire, qu'ils seront intégralement payés, que tout l'actif de la faillite leur sera affecté avant que les créanciers du failli puissent toucher le moindre dividende.

Dans toute faillite, il faudra donc distinguer deux catégories de créanciers : ceux qui auront traité avant le jugement déclaratif avec le commerçant encore *in bonis* et ceux qui auront traité, au cours de la procédure, avec le syndic ou le liquidé assisté de son liquidateur — une terminologie aujourd'hui courante dont on comprendra mieux le sens et la portée après analyse de la notion de Masse, les oppose sous les noms de « créanciers *dans* la masse » et « créanciers *de* la masse » — et assurer aux seconds un droit de préférence absolu à l'égard des premiers dans la répartition des sommes à provenir de la faillite.

C'est là une nécessité tellement naturelle qu'elle s'est imposée presque instinctivement à la pratique. Avant même de s'expliquer comment, elle a senti qu'il fallait qu'il en fût ainsi. Un éminent auteur, M. Thaller (1), remarquait : « On comprend même a priori que ces créanciers nouveaux auront ou pourront avoir le pas sur les créanciers anciens, en ce sens que ceux-ci n'auront aucune prétention à faire valoir sur les sommes provenant de la liquidation tant que les autres n'auront pas été désintéressés. Avant d'avoir acquis la preuve rationnelle de ce résultat, on en a une intuition instinctive assez nette pour que l'on puisse répondre de son exactitude.

(1) Ed. THALLER, *Créanciers dans la masse et créanciers de la masse en faillite* (Rev. crit. législ. et jurispr., 1881, p. 65).

Dans le droit comme dans d'autres sciences, il n'est pas rare que la solution précède le raisonnement. »

Reconnaître cette préférence « aux créanciers de la masse » nous paraît une solution à la fois *utile* en ce qu'elle sauvegarde un élément essentiel du gage des « créanciers dans la masse » et *juste* en ce qu'elle permettra d'éviter aux tiers dont le concours est indispensable à la masse de subir les mauvaises chances d'une affaire dont ils n'ont pas risqué les bonnes, mais encore faut-il qu'elle soit *rationnelle*. Un système juridique ne peut pas trouver sa justification dans la seule utilité ou la seule équité, notions purement subjectives à celui qui les propose. Il doit encore s'intégrer dans l'ensemble de notre système juridique, et ne pas apparaître comme une construction artificielle un peu baroque, élevée pour satisfaire à un cas particulier.

Justice, Raison, Utilité, telles sont les trois bases du Droit.

Rechercher quel mécanisme juridique permettra d'assurer aux nouveaux créanciers les « créanciers de la masse » cette préférence par rapport aux anciens, les « créanciers dans la masse », puis rechercher un critérium permettant de distinguer les deux catégories d'ayant droit, étudier enfin les concours entre les créanciers préférentiels et les créanciers antérieurs à la faillite, tels seront les trois objets de l'étude que nous entreprenons.

PREMIÈRE PARTIE

Justification du droit de préférence reconnu aux créanciers de la masse (1)

CHAPITRE PREMIER

Application de l'article 565 C. Com.

La première justification qui vienne à l'esprit serait d'appliquer en toutes circonstances l'article 565 C. Com. en vertu duquel « le montant de l'actif mobilier, distraction faite des frais et dépenses de l'administration de la faillite, des secours qui auraient été accordés au failli et à sa famille, et des sommes payées aux créanciers privilégiés, sera réparti entre tous les créanciers au marc-le-franc de leurs créances vérifiées et approuvées ».

(1) Consulter : PERCEROU, *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires* (Traité Thaller), I, n^{os} 78 et s. ; LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de droit commercial*, VII, 5^e édit., n^{os} 510 et s. ; LACOUR et BOUTERON, *Précis de droit commercial*, n^{os} 1851 et s. ; WAHL, *Précis théorique et pratique de droit commercial*, n^{os} 2348 et s. ; voir aussi DELAMARRE et LE POITVIN, *Traité de droit commercial*, t. VI, n^{os} 68 et s. ; RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, t. I, pp. 217 et 289 ; t. II, pp. 129 et 206.

En effet, quand un syndic s'entend avec un entrepreneur pour faire réparer un immeuble du failli qui menace ruine, quand il engage un employé, achète des marchandises, ou les assure pour continuer le commerce en faillite, il est bien certain qu'il « administre » la faillite tout comme lorsqu'il expose des frais pour contester une créance douteuse ou faire l'inventaire des biens du failli. Dans un cas comme dans l'autre, il poursuit le même but : assurer une meilleure répartition aux créanciers. Dès lors point n'est besoin d'aller chercher plus loin la justification d'un principe aussi naturel et d'ailleurs expressément consacré par la loi. Il suffit d'entendre d'une façon assez large l'idée d'administration de la faillite afin que toute personne en rapports juridiques avec le syndic bénéficie du droit de préférence nécessaire pour assurer le crédit de la faillite.

Le texte lui-même ne fait-il pas une distinction très nette entre d'une part, les frais, c'est-à-dire l'ensemble des dépenses nécessaires pour la mise en marche de la faillite : enregistrement du jugement déclaratif, apposition et levée des scellés, inventaire, exercice en justice des actions du failli ou de celles personnelles à la masse, et de l'autre, les dépenses proprement dites, celles résultant des contrats passés dans l'intérêt de la masse, par le syndic, au nom du failli ou au nom des créanciers du failli, suivant la conception que l'on se fait de la nature juridique de sa mission. Il suffira donc que le syndic ait engagé une dépense ayant cet intérêt en vue pour que les nouveaux créanciers deviennent préférables aux anciens sur l'actif de la faillite.

C'est là cependant une explication inadmissible. D'abord en ce qu'elle prête à de simples mots une inten-

tion que rien ne permet d'affirmer avoir été celle des rédacteurs de la loi, et c'est pour cela que les arguments de texte n'ont jamais bien grande force probante, et surtout parce que l'article 565 a une toute autre explication. Il se borne, à rappeler en matière de faillite, un principe d'une portée bien générale, en vertu duquel, quand le patrimoine d'un débiteur, ou la valeur d'un de ses biens en particulier, doit être réparti entre tous les créanciers : doivent être payés par priorité les créances affectées d'une cause légitime de préférence.

Cet article 565 ne peut se comprendre que comme le complément et l'application de l'article 2093 C. civ. : « Les biens du débiteur sont le gage commun de ses créanciers, et le prix s'en distribue entre eux par contribution, à moins qu'il n'y ait entre eux des causes légitimes de préférence. » C'est encore de la même idée que s'inspire l'article 662 C. pr. civ. « Les frais de poursuite seront prélevés par privilège, avant toute créance autre que celle pour loyer dus au propriétaire ». Et, c'est précisément ce que nous dit cet article 565 dont on voudrait faire la base de toute la théorie de la dette de masse et qui pourrait être ainsi rédigé : « Le montant de l'actif mobilier, distraction faite des créances ayant une cause légitime de préférence telles : les frais et dépenses de l'administration de la faillite, les secours qui auraient été accordés au failli ou à sa famille, et les sommes qui auraient été payées aux créanciers privilégiés... » Cet article nous indique dans quel ordre doit être réparti l'actif. Il ne le justifie pas. Les dépenses du syndic au cours de son administration doivent être payées de préférence. Sans doute. Mais pourquoi ?

C'est ce qu'il nous reste encore à rechercher. Tout au plus pouvons nous retenir dès à présent la distinction que fait la loi entre les « frais » et « dépenses d'administration » d'une part et les créances privilégiées de l'autre, comme un argument en faveur de la seconde des deux thèses justificatives que nous allons étudier. L'explication fondée sur le seul article 565 n'a jamais été retenue par les tribunaux, et nous ne pouvons citer qu'une décision déjà très ancienne qui en ait fait état :

Un jugement du Tribunal de Commerce de la Seine du 15 octobre 1850 (1) a reconnu que les primes d'assurance, échues au cours de la faillite, étaient payables par préférence sur l'actif de la masse « non par suite d'un privilège attaché par la loi à cette nature de créance mais à titre de frais inhérents à l'administration de la faillite pour la conservation de l'actif, les risques de l'assureur continuant au profit de la masse ». C'est là une question que nous nous réservons d'étudier en détail dans notre seconde partie.

(1) Trib. Com. Seine, 15 oct. 1850 : B. DE M. *Jurisprudence générale des assurances terrestres*, III, 16. Cf. Nancy, 3. juil. 1893, D. 1895.2.31.

CHAPITRE II

Justification du droit de préférence par les privilèges de droit commun

Si l'article 565 se borne à donner une solution sans en indiquer les motifs, où trouver le fondement juridique d'un droit de préférence par ailleurs incontesté ? Quelques auteurs l'ont expliqué par l'idée de privilège, d'autres, les plus nombreux, en considérant la masse comme un sujet de droit.

Une partie, assez restreinte d'ailleurs, de la Doctrine, suivie surtout entre 1880 et 1890, par certaines décisions de justice, est allée le chercher dans l'application pure et simple des privilèges du droit commun. L'article 2094 C. civ. décide en effet : « les causes légitimes de préférence sont les privilèges et les hypothèques, » C'est donc dans les limites des privilèges des articles 2101 à 2104 (1), que nous trouverons la justification rationnelle de cette préférence.

L'explication varie cependant avec les auteurs.

§ 1^{er}. — *Justification par le privilège des frais de justice*

Cette théorie longtemps soutenue par M. Thaller (1) justifie ce droit de préférence par le privilège des frais

(1) THALLER, *Créanciers de la masse et créanciers dans la masse* (Rev. crit. Législ. et Jurisprudence, 1881, pp. 630 et s.).

de justice de l'article 2101, § 1^{er} C. civ. Le failli étant des-saisi par le jugement déclaratif, ses droits sont exercés par le syndic, en son ~~nom~~ sans doute, mais surtout dans le but de conserver et de liquider les biens qui forment le gage des créanciers. Dès lors, tout cocontractant du syndic sera nécessairement privilégié dans la distribution de leur prix, par rapport aux cocontractants du failli quand il était encore « in bonis », parce que toutes les dettes du syndic, quand il administre la faillite, constituent nécessairement des « frais de justice ». Les « frais de justice », ce ne sont pas seulement les dépenses engagées pour faire valoir une prétention devant les tribunaux, cela comprend l'ensemble des dépenses nécessaires pour tirer toutes les conséquences pratiques de la décision intervenue (1). Toutes les dépenses que fait le syndic pour conserver l'actif de la faillite et surtout pour en tirer le meilleur parti possible, rentrent dans cette définition, puisque c'est là précisément, un des buts essentiels de la procédure du concours. Les dépenses du syndic correspondent d'ailleurs bien à la raison d'être du privilège des frais de justice : faire supporter les frais d'une poursuite par tous les créanciers auxquels elle aura été utile mais à ceux-là seulement, (argument article 662 C. pr. civ.). N'est-ce pas le cas de l'administration de la faillite ?

Quant aux créances qui en raison de leur nature, jouissent déjà d'un privilège en dehors de la faillite, la solution est encore plus simple : elles continueront à en

(1) La jurisprudence a fait application de cette idée pour reconnaître le caractère des frais de justice aux dépenses faites par un séquestre pour l'entretien de la chose confiée à ses soins : Req., 14 fév. 1894, D. 1894.1.296, S. 1896.1.145 (note WAHL).

bénéficiaire, car, dit M. Thaller, les restrictions que la faillite apporte aux privilèges « ne doivent s'appliquer qu'aux actes passés avant le jugement déclaratif, mais demeurent étrangères aux opérations de liquidation ». Les salariés, au sens le plus général, qui auront travaillé au service de la faillite, seront privilégiés aux termes de l'article 549 C. com. et « sans aucune limitation de durée » ; le commerçant qui aura livré des marchandises au syndic jouira des privilèges du vendeur de meubles, malgré l'article 550, le propriétaire du privilège du bailleur pour toute la durée de l'occupation postérieure à la faillite sans subir aucune des réductions de ce même article, le transporteur terrestre du privilège de l'article 2102, § 6 C. civ., le commissionnaire de celui de l'article 95 C. com., le transporteur maritime de celui de l'article 307 C. com.

La plupart des personnes avec lesquelles le syndic aura l'occasion de traiter seront ainsi satisfaites ; et quant aux autres, notamment pour l'assureur, nous avons vu que le système de M. Thaller fait entrer en bloc leurs créances dans la catégorie des frais de justice.

§ 2. — *Justification par le privilège des frais faits pour la conservation de la chose*

M. Wahl (1) fait aussi appel à l'idée de privilège. Mais l'explique d'une autre façon. Par les services qu'ils ont rendus les créanciers postérieurs à la faillite sont devenus les créanciers des créanciers antérieurs, et par là

(1) A. WAHL, *Cours professé à la Faculté de Droit de Paris*, année 1932-33. Cet auteur, ainsi que nous le verrons, s'était, dans son *Traité théorique et pratique de droit commercial*, rattaché à la seconde doctrine. Il considérait alors la masse comme un véritable sujet de droit.

même ils peuvent être payés avant eux sur les biens de la faillite. Cela explique donc d'une façon satisfaisante pourquoi les seconds seront préférables aux premiers. Ils exercent, en vertu de l'article 1166 C. civ. les droits de leurs débiteurs sur le propre débiteur de ceux-ci. Mais n'est-il pas à craindre qu'ils aient alors à subir le concours des autres créanciers personnels des créanciers du failli. Non, dit M. Wahl, car en acceptant de traiter avec leur mandataire commun, le syndic, ils ont certainement contribuer à conserver leur gage, et bénéficient de ce fait du privilège des frais faits pour la conservation de la chose (art. 2102, § 3 Code civil). Ils peuvent donc réclamer leur paiement par privilège sur cet actif avant toute distribution aux créanciers du failli ou aux créanciers de ceux-ci.

Ces deux justifications qui se réfèrent en apparence à des privilèges différents constituent en réalité une seule et même explication. Elles aboutissent simplement à dire que les créanciers nouveaux sont devenus les créanciers personnels des anciens en raison des avantages qu'ils leur ont procurés. En effet les frais de justice sont, selon une explication généralement admise (1), non pas une dette privilégiée du failli, mais une dette personnelle du créancier dans l'intérêt de qui ils ont été exposés pour conserver ou liquider son gage, de la même manière que les dépenses faites pour « conserver la chose » d'autrui (et donc en particulier le gage d'un créancier) sont une dette personnelle à l'ayant droit sur cette chose.

(1) En ce sens, PERCEROU, *op. cit.*, t. II, n° 920 bis ; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. XII, n°s 18 et s.

La préférence à l'égard des autres créanciers, reconnue à celui qui a fait l'avance des frais de justice, ou à celui qui a conservé la chose, est, comme l'obligation incombant au « maître de l'affaire » d'indemniser de ses débours le tiers qui a utilement géré son patrimoine, ou l'obligation de restituer qui pèse sur celui qui a accepté un paiement qu'on ne lui devait pas, un cas particulier d'application du principe dégagé des solutions fragmentaires du Code civil par la jurisprudence, il y a une quarantaine d'années (1) : « Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui sans motifs légitimes. »

Et nous sommes ainsi amenés à nous demander si la notion d'un enrichissement sans cause que réaliseraient les créanciers anciens au détriment des nouveaux ne peut suffire à justifier le droit de préférence des seconds par rapport aux premiers.

Avant de faire l'examen critique de ces diverses explications, il convient, croyons-nous, d'étudier les décisions rendues en cette matière par les Tribunaux, pour y trouver des cas d'application concrets.

§ 3. — *Jurisprudence*

La jurisprudence ne s'est pas souvent appuyée sur l'idée de privilège pour justifier le droit de préférence des créanciers postérieurs à la faillite. Cependant on trouve quelques arrêts très importants de Cours d'appel, et même de la Chambre civile de la Cour de Cassation qui en font état : La Cour de Chambéry, par un arrêt

(1) Voir Req., 15 juin 1892, D. 1892.1.596, S. 1893.1.281. Consulter les diverses références de jurisprudence, *infra*, II^e partie, p.

du 15 mai 1882 (1) a déclaré que le créancier qui avait, de ses deniers, fait pratiquer en France, la saisie d'une barque appartenant à son débiteur, dont la faillite venait d'être prononcée à Genève, était privilégié sur la valeur de cette barque pour le montant des frais de saisie, parce qu'il a contribué à la conserver dans l'actif de la faillite. Peut-être aurait-il été plus simple et plus avantageux pour le créancier de lui reconnaître le privilège des frais de justice. Nous verrons qu'il existe aujourd'hui une explication plus simple pour justifier le remboursement des avances faites à la faillite en dehors de tout accord avec le syndic, c'est la notion d'enrichissement injuste (2).

La Cour de Nancy, dans un arrêt du 20 décembre 1871 (3) a refusé à l'avance faite par le syndic pour payer la prime d'assurance d'un immeuble appartenant au failli le caractère de frais faits pour la conservation de la chose (ce privilège est particulier aux meubles) mais lui a reconnu la qualité de frais de justice.

La Chambre civile de la Cour de Cassation a également, par arrêt du 10 juillet 1893 (4), déclaré frais de justice privilégiés, l'avance consentie par un banquier à un syndic pour lui permettre de désintéresser la Régie des contributions indirectes, créancière privilégiée, qui menaçait de saisir le fonds de commerce du failli.

Dans un arrêt du 7 juin 1899 (5), la Cour d'appel de Rouen a déclaré privilégiée comme frais de justice

(1) Chambéry, 15 mai, 1882, *Journal Faillite* 1882, p. 595.

(2) Conf. *infra*, II^e partie, p.

(3) Nancy, 20 déc. 1871, D. 1872.2.36.

(4) Civile, 10 juillet 1893, D. 1893.1.521.

(5) Rouen, 7 juin 1899, *Journ. Faill.* 1901, p. 109.

l'avance faite par un syndic qui avait payé personnellement les primes d'assurance d'un immeuble du failli échues au cours de la faillite.

Un certain nombre de décisions se sont fondées au contraire sur le privilège des frais faits pour la conservation de la chose. La jurisprudence se prononce d'abord dans les circonstances suivantes : Le sieur S. avait procuré aux sieurs P. et D., associés en nom collectif pour le négoce des vins, un certain nombre des fûts dont il avait garanti le paiement des loyers et la restitution. Peu après, P. et D., en difficultés, tentèrent d'obtenir de leurs créanciers une liquidation amiable. Inquiet en raison de son engagement personnel, S. s'entendit avec le liquidateur amiable pour faire cesser dans les quatre mois la location des fûts. Ils convinrent en outre que la liquidation paierait à ce moment à S. 40 fr. par fût non rendu moyennant quoi, S. acceptait de faire l'avance des frais de retour des fûts.

La liquidation amiable n'aboutit pas et la Société P. et D. fut déclarée en faillite. S. demanda alors à être admis au passif privilégié, parce que, prétendit-il, en avançant le loyer des fûts, il avait largement contribué à conserver l'actif de la masse, en épargnant à la liquidation amiable, l'obligation de vendre le vin à vil prix, pour restituer les fûts dont elle ne pouvait plus payer le prix de location.

La Cour de Paris, dans un arrêt du 3 juillet 1885 (1), tout en admettant le principe de l'application de l'article 2102, repoussa la demande pour le motif que s'il avait, pendant quelques mois, conservé une partie de l'actif

(1) Paris, 3 juillet 1885, *Journ. Faill.* 1886, p. 78.

du failli, il n'avait agi cependant que guidé par son intérêt personnel, et d'ailleurs, pas pendant un temps assez long pour que le bénéfice retiré par les autres créanciers put apparaître certain.

Mais, sur pourvoi, la Chambre civile cassa cette décision (1), parce que, dit-elle, pour donner naissance au privilège accordé à celui qui fait des frais pour la conservation de la chose, il suffit que « dans la réalité des faits, les frais exposés aient profité aux créanciers, en empêchant la perte totale de leur gage ». Et la Cour de renvoi (2), se rangea à l'avis de la Cour de Cassation.

Le Tribunal de Commerce de la Seine (3), par jugement du 29 juin 1883, a reconnu le bénéfice du privilège des frais de conservation, au commissaire, qui lors d'un concordat amiable intervenu entre un commerçant ultérieurement déclaré en faillite et ses créanciers, a en vertu d'un mandat que lui ont donné ceux-ci, fourni les marchandises et avancé les sommes nécessaires pour éviter une mise en régie des travaux dont le failli avait obtenu la concession, solution qui eut été désastreuse pour la masse.

Le Tribunal de commerce de Nantes, dans un jugement du 28 mars 1903 (4), accorda le même privilège au liquidateur amiable qui avait fait des avances à la masse, en spécifiant que cette masse existait indépendamment de toute déclaration de faillite par le seul fait de la cessation des paiements.

(1) Civ., 10 mai 1887, *Journ. Faill.* 1887, p. 357, S. 87.1.200.

(2) Orléans, 15 fév. 1888, *Journ. Faill.* 1888, p. 232. Cf. Req., 25 juill. 1893, D. 1893.1.599.

(3) Trib. com. Seine, 29 juin 1883, *Journ. Faill.* 1883, p. 220.

(4) Trib. com. Nantes, 28 mars 1903, *Rec. Nantes* 1903.1.337.

§ 4. — Critique

Ce système basé sur la reconnaissance d'un privilège au créancier qui a fait l'affaire de la masse, avait pris, nous le voyons, une certaine extension en jurisprudence.

Est-il pleinement satisfaisant, nous ne le pensons pas.

Bien au contraire, il nous paraît ne pas être en harmonie avec les principes de droit les plus certains, qu'ils soient consacrés par la loi ou dégagés par la jurisprudence, et surtout il ne nous semble pas de nature à donner aux créanciers postérieurs à la faillite les garanties qu'ils recherchent.

A) *Ces systèmes ne sont pas en harmonie avec les principes généraux du Droit.* — Et d'abord, ils laissent inexplicables certains des rapports juridiques existant entre créanciers postérieurs et failli d'un côté, créanciers postérieurs et créanciers antérieurs de l'autre.

Si le syndic représente le failli, et nous verrons que ce ne peut être d'une façon toute passive, pourquoi, dans le cas où l'actif de la faillite n'aura pas suffi à les désintéresser, les tiers contractants n'auront-ils, après clôture des opérations, aucun recours contre le failli revenu à meilleure fortune (1) ? c'est là cependant une solution certaine, unanimement admise en pratique à tel point qu'aucun tribunal n'a eu l'occasion de se prononcer sur elle. M. Thaller la repoussait il est vrai.

Au contraire considère-t-on le Syndic comme représentant les créanciers du failli (et nous verrons qu'il ne

(1) M. PERCEROU met cette solution en doute en cas de liq. jud., *op. cit.*, II, n° 1157, note 3, mais l'affirme par la faillite, n° 1155. Voir *Contra* : THALLER, *Traité élément. de Droit commercial*, n° 1805; LACOUR et BOUTERON, *Précis de Droit commercial*, n° 1851.

les représente pas individuellement) ; pourquoi les tiers contractants n'ont-ils aucune action sur le patrimoine personnel de ceux-ci ; c'est cependant ce qui décide d'une façon formelle l'article 533 C. com. qui n'admet une telle responsabilité que dans un cas exceptionnel.

Presque au lendemain du vote de la loi de 1838 la Chambre des Requêtes eut l'occasion de consacrer cette interprétation par un arrêt du 17 mars 1840 (1) dans les circonstances suivantes :

Un immeuble appartenant à un failli était grevé d'une rente viagère de 900 francs. Les Syndics poursuivant la vente insérèrent dans le cahier des charges une clause aux termes de laquelle, si l'immeuble était vendu moins de 9.000 francs, l'adjudicataire ne serait tenu de servir la rente que pour une part proportionnelle correspondant à 10 % du prix d'achat. Implicitement la masse s'engageait à verser le capital nécessaire pour compléter la rente. Effectivement l'immeuble ne fut vendu que 6.900 francs. L'adjudicataire, craignant d'être saisi en qualité de tiers détenteur par le crédit-rentier, actionna le syndic au nom de la masse, puis comme elle n'avait plus d'actif, les créanciers personnellement ; ils combattirent la demande de l'adjudicataire en soutenant que seule la masse avait pu être obligée par les syndics. La Cour de Paris leur donna gain de cause et sur pourvoi, la Chambre des Requêtes décida que « les conditions du cahier des charges suivant lesquelles l'acquéreur du premier lot ne servirait la rente qu'en proportion de son prix, est certainement obligatoire pour la masse, c'est-à-dire qu'aucun créancier ne doit obtenir un dividende

(1) Req., 17 mars 1840, S. 1840.1.213.

au préjudice de cette obligation, mais que les syndics n'ont contracté d'engagement personnel ni en leur propre nom ni au nom des créanciers. Ils ne sont donc pas personnellement obligés ».

Quelques années plus tard la Chambre des Requêtes devait confirmer cette jurisprudence par un nouvel arrêt du 24 août 1843 (1) que nous retrouverons.

En dehors même de tout nouveau contrat, comment expliquer que le Code de commerce confère dans son article 490 une hypothèque à la masse des créanciers, et décide à l'article 517 qu'après concordat les créanciers qui voudront en conserver le bénéfice devront faire transcrire le jugement d'homologation ? Si la masse n'est pas autre chose que la somme des créanciers considérés individuellement, pourquoi cette transcription ? Ils bénéficiaient déjà personnellement de l'hypothèque, le fait seul de recouvrer l'exercice individuel de leurs droits n'a certainement rien pu y changer.

Enfin dernière critique sur le terrain juridique, comment expliquer l'article 443 aux termes duquel le syndic peut agir en justice ou être actionné sans qu'il soit nécessaire de faire figurer les noms de chaque créancier dans les pièces de procédure. C'est une exception injustifiable au vieil adage : « Nul ne plaide en France par procureur. » A cela M. Wahl répond (2), il est vrai, que cette règle est une condition de forme que la loi a écartée par cela seul qu'elle ne subordonne l'action du syndic ou du liquidateur à aucune de ces conditions,

(1) Req., 24 août 1843, S. 1843.1.757. Cf. p. 46.

(2) M. WAHL, *Cours professé à la Faculté de Droit de Paris*, 1932-1933.

et que d'ailleurs il s'agit là d'une règle établie dans l'intérêt personnel des parties qu'elles peuvent écarter par convention contraire. A plus forte raison la loi le pourra-t-elle dans un cas de force majeure, puisque ni le syndic, ni *a fortiori*, son adversaire, ne peuvent connaître les noms de tous les créanciers. Enfin en droit maritime on rencontre une exception semblable : Le Capitaine d'un navire peut agir en justice, ou être ajourné, au nom de ses armateurs, sans que ces derniers figurent dans l'exploit, et pourtant jamais personne n'en a conclu que c'est le bateau qui est traduit à la barre.

B) *Ces systèmes ne répondent pas à l'attente des créanciers nouveaux.* — Mais c'est surtout en se plaçant sur le terrain du privilège qu'on aperçoit combien cette explication est peu en harmonie avec les règles de notre Droit, et, reproche plus grave, n'assure pas aux créanciers nouveaux les garanties qu'ils sont en droit d'exiger.

a) *Critique de l'application du privilège des frais de justice.* — Du point de vue juridique il est certain que les privilèges sont de droit strict et ne peuvent être étendus par analogie au delà des solutions de la loi.

N'est-ce pas forcer le sens des mots que de faire rentrer parmi les frais de justice toutes les créances que la loi n'a pas garantie par un privilège particulier, en prétendant que, nées au cours de la faillite, elles ont nécessairement pour cause un profit retiré par les créanciers du commerçant. Le privilège des frais de justice ne vise par indistinctement tous les frais qui ont profité à l'ensemble des créanciers, mais seulement ceux d'entre eux engagés soit au cours d'une procédure : tels les frais de saisie, de vente ou de distribution du prix, frais

d'exercice des actions du failli (art. 1166 du C. civ.), soit pour conserver le gage des créanciers, sans doute, mais pour le conserver au sens juridique du terme, pour empêcher que certains biens du débiteur ne soient détournés. Tels sont les frais d'opposition et de levée des scellés, les frais d'inventaire, de séquestre et de compte. Au contraire ne doivent pas être privilégiées, à titre de frais de justice, les dépenses utiles mais qui ne se rattachent pas à une procédure, par exemple, les dépenses pour ouvrages matériels, travaux, etc. (1).

Ce sont les dépenses qui se *rattachent* à une procédure qui en sont les conséquences nécessaires, sans lesquelles la procédure ne pourrait aboutir à sa terminaison normale, que la loi a voulu protéger en qualité de frais de justice. Comment prétendre que les primes d'assurances que le syndic aura l'occasion de payer au cours de la faillite, puisque c'est surtout à elles que pense M. Thaller, rentrent dans cette définition ? Il est cependant très utile d'assurer l'actif de la faillite.

Leur appliquerait-on quand même ce privilège en dépit du sens précis de « frais de justice » ? Les créanciers postérieurs ne recevraient pas la garantie qu'ils en attendent. Et c'est pourtant là, le privilège dont l'assiette est la plus large, puisqu'elle comprend tous les biens du débiteur tant mobiliers qu'à défaut immobiliers, et que dans leur concours, le code lui assure le premier rang. Cependant dans plusieurs hypothèses, il pourra se trouver en défaut :

(1) Cf. PLANIOL et RIPERT, *Traité pratique de Droit civil français*, t. XII, avec collaboration de M. BECQUE, n. 18.

Si ce privilège est général en ce sens qu'aucun meuble ou immeuble ne lui est affecté exclusivement, il n'est pas cependant opposable aux créanciers envers qui les frais étaient inutiles, ce qui a pour corollaire que le privilège grève uniquement les biens pour le recouvrement, la conservation ou la liquidation desquels, la procédure qui l'a fait naître a été rendue nécessaire. En effet, les frais de justice ne sont pas tant une dette privilégiée du débiteur poursuivi, qu'une dette personnelle aux créanciers poursuivant, en raison de l'avantage que leur a valu la procédure pour laquelle les frais leur sont réclamés. Il s'ensuit nécessairement qu'en seront seuls débiteurs les créanciers qui auront participé à la distribution du prix retiré de la vente des biens.

Fondés sur la notion d'enrichissement procuré, les frais de justice ne peuvent incomber qu'aux créanciers qui en ont tiré profit. MM. Planiol et Ripert écrivent en ce sens (1) : « Les frais de justice ne sont pas une dette de

(1) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. XII, n° 18.

Et voir dans le même sens, COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, n° 1059 ; JOSSERAND, *Cours de Droit civil français*, II, n° 1550 ; BONNECASE, *Précis de Droit civil*, II, n° 894 ; PERCEROU, *op. cit.*, II, n° 920 bis.

Et parmi des auteurs plus anciens, AUBRY et RAU, *Cours de Droit civil français*, § 260 (5^e édit., t. III, p. 206), qui écrivent : « Ce privilège, fondé sur le motif d'équité que personne ne doit refuser la restitution d'avance utilement faite dans son intérêt peut, suivant les circonstances, être sujet à une double limitation quant aux objets sur lesquels il s'exercera et quant aux créanciers auxquels il sera opposable » (p. 209).

GUILLOUARD, *Traité des privilèges et hypothèques*, I, n° 185, p. 219 ; LAURENT, *Principe de Droit civil* (belge), XXIX, n° 323, p. 367 ; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *Des privilèges des hypothèques*

la personne dont les biens ont été vendus. Ce sont les créanciers poursuivant qui ont fait ces frais et qui en sont débiteurs : Le prélèvement qu'ils subissent n'est qu'un moyen de régler commodément ces frais, mais si leur montant dépassait le chiffre obtenu par les poursuites ils en seraient personnellement redevables. C'est pour cette raison que les frais sont prélevés exclusivement sur les prix de vente des biens pour lesquels ils ont été faits, et c'est aussi pour cette raison que les frais de justice passent, sur les meubles, avant tous autres privilèges qu'ils soient généraux ou spéciaux..... »

Ils en concluent : « ...si le résultat obtenu s'est borné à assurer la récupération ou la conservation de certains biens, c'est seulement sur le prix de ces biens que le recouvrement sera privilégié car c'est seulement à leur égard qu'existe la communauté d'intérêts entre créanciers. »

Un exemple nous fera mieux comprendre la portée de cette limitation : Un syndic, à l'approche des étrennes a commandé à un entrepreneur, des travaux de peinture et d'étalage pour les magasins du failli ; un projet de concordat n'aboutit pas et le fonds est vendu au cours de l'union. Mais le failli n'avait pas entièrement payé son fonds ni ses derniers termes de loyer. Dans un tel système, l'entrepreneur ne pourrait exercer son prétendu privilège pour frais de justice sur le prix de vente des biens, ni à l'égard du vendeur, ni à l'égard du bailleur, restés en dehors de la faillite et qui n'ont retiré

et de l'expropriation forcée, I, n° 309 ; BEUDANT, *Les sûretés personnelles et réelles*, I, n° 366.

Au sujet de la conséquence de ce caractère de ces frais de justice sur la répartition de l'actif de la faillite, voir *infra*, 3^e partie.

aucun profit particulier de ces travaux évidemment somptuaires.

D'autre part si le failli possédait certains biens en dehors de son commerce, l'entrepreneur ne pourra pas davantage, exercer sur eux son privilège à l'encontre des créanciers chirographaires, parce que ses travaux sont restés étrangers à cette catégorie de biens et n'ont donc été d'aucune utilité à l'égard de ces créanciers, qui n'ont d'autre part tiré aucun profit de la continuation du commerce, puisque le prix de la vente du fonds a été certainement absorbé par les créanciers privilégiés. Notre entrepreneur dans un tel système ne pourrait que concourir au marc le franc avec les créanciers antérieurs à la faillite. Il ne traitera certainement jamais plus avec une faillite !

M. Thaller reconnaissait parfaitement ce risque et il écrivait (1) : « Seulement le privilège à notre avis ne va pas grever indistinctement tous les biens de la faillite mais seulement ceux que la créance garantie avait pour objectif. Ainsi les correspondants qui ont traité avec le syndic poursuivant l'exploitation commerciale ne sauraient prétendre à aucun droit de préférence sur les valeurs demeurées en dehors de la dite exploitation. En ce qui les concerne la continuation du commerce est restée sans influence sur le dividende et l'issue de la liquidation. »

b) *Critique de l'application du Privilège des Frais de Conservation.* — Essaiera-t-on plutôt de s'appuyer sur le privilège des frais faits pour la conservation de la chose (art. 2102, § 2 C. civ.). Les inconvénients seront encore

(1) Ed. THALLER, article précité, *Rev. crit. législ. et jurisprudence*, 1881, pp. 632 et s.

plus graves pour les créanciers que l'on prétend protégés et les principes juridiques pas mieux respectés.

D'abord une telle interprétation de la notion de « Conservation » est inadmissible. On doit l'entendre au sens le plus naturel, le plus usuel du terme. Les frais de conservation ce sont les dépenses faites pour empêcher « la chose de périr en entier ou en partie, de tomber en ruine, de s'éteindre, de devenir impropre à l'usage qui lui donne sa valeur (1) ».

Ainsi les tribunaux ont-ils reconnu ce privilège au vétérinaire qui a nourri les bêtes qu'il avait prises en pension (2), au marchand de fourrage qui a vendu le foin (3), et récemment, dans un autre ordre d'idée à l'entreprise de travaux maritimes qui a réparé un navire échoué (4). Cela ne saurait viser en aucune façon les fournitures qui auraient épargné un préjudice aussi incertain et dont les causes sont aussi diverses que la

(1) En ce sens, PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. XII (BECQUÉ), n° 181 ; BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, t. I, n° 475 ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, t. II, n° 1109 ; JOSSEMERAND, *op. cit.*, t. II, n° 1608 ; BEUDANT, *op. cit.*, t. I, n° 438 ; BONNECASE, *op. cit.*, t. II, n° 912, et aussi AUBRY et RAU, *op. cit.*, § 261-4° (t. III, p. 257 de la 5^e édit.) ; GUILLOUARD, *op. cit.*, t. I, n° 372, p. 415 ; LAURENT, *op. cit.*, t. XXIX, n° 456 ; p. 489, 3^e édit.

(2) Consulter en ce sens : Poitiers, 8 février 1892, D. 1892.2.219 ; Civ., 14 février 1900, D. 1900.1.475 ; Trib. com. Seine, 6 mai 1907, D. 1907.5.46.

(3) Consulter en ce sens : Trib. civ., Oloron, 9 août 1905, D. 1907.2.83 ; Trib. civ. Seine, 14 mars 1914, *Gaz. Trib.*, 1914.I.2.480 (et à propos de fournitures à un maréchal ferrant : Paris, 6 avril 1900, D. 1901.2.35 et Trib. com. Seine, 4 octobre 1913, S. 1913, *Bull. Somm.* 250).

(4) Paris, 3 janvier 1926, *Gaz. Pal.*, n° du 6 mars 1926.

perte de la clientèle. On exige en outre le plus souvent (1) que les frais aient été exposés pour la conservation d'un ou plusieurs meubles considérés individuellement. Ce privilège ne s'applique pas au contraire si les frais ont conservé l'ensemble de l'actif mobilier du débiteur.

Il ne suffit d'ailleurs pas que le créancier ait eu l'intention de sauvegarder la chose de son débiteur ; il faut qu'il l'ait effectivement conservée. Transposé sur le plan de la faillite, cela voudra dire que si, malgré les efforts du syndic, la continuation du commerce ne donne pas les résultats qu'on en attendait et que l'exploitation s'avère déficitaire, le fournisseur n'aura pas contribué à conserver, mais bien involontairement, au contraire, à diminuer le gage des créanciers du failli, il ne pourrait sans ironie, se réclamer d'un tel privilège.

Cela ne l'inclinera certainement pas à tenter une expérience dont il ne peut attendre aucun bénéfice particulier.

Il est nécessaire, d'autre part, que le créancier qui prétend avoir conservé la chose de son débiteur, ait réellement fait des débours dans ce but ; c'est même là le motif qui a incliné la jurisprudence à refusé ce privilège aux compagnies d'assurance pour le recouvrement des primes échues avant la faillite. (Pourquoi le leur accorderait-elle davantage après ? Les privilèges ne se reconnaîtraient-ils plus en raison de la qualité de la créance,

(1) En ce sens : BAUDRY-LACANTINERIE et DE LOYNES, *op. cit.*, n° 475 ; HUC, *Commentaire du Code civil*, XIII, n° 86 ; LAURENT, *op. cit.*, XXIX, n° 465 ; et Paris, 21 août 1837 et sur pouvoi Requêtes 1839, *Répertoire Dalloz*, v° privilège, n° 193 ; Lyon, 1^{er} avril 1881. D. 1882.2.44 (et Conclusions de M. l'Avocat général Baudoin).

ou cette créance aurait-elle changé de nature parce que échue, au cours d'une faillite ?)

Et cela exclurait du bénéfice du privilège tous ceux dont le syndic pourra solliciter les services sans que leurs honoraires puissent être considérés comme frais de justice ou salaires. Tel serait le cas, par exemple, de l'architecte, de l'ingénieur-conseil d'une usine, ou de l'avocat qui aurait défendu les intérêts de la faillite (1).

Passerait-on outre à ces objections le cocontractant du syndic ne recevrait qu'une garantie illusoire.

Le privilège des frais de conservation est spécial en effet sur la « chose » sauvegardée. Le créancier ne peut au maximum qu'en réclamer le prix. Sans doute en gardant au mot « conservation » son terme strict et naturel, ce prix sera-t-il presque toujours supérieur aux frais avancés. Mais au sens large et vague de dépense qui a contribué à maintenir intacte une partie de l'actif d'un débiteur pour le plus grand avantage de ses créanciers, rien n'est moins certain. Le créancier a pu se tromper dans son évaluation, ou la « chose » sauvegardée perdre de sa valeur depuis. Pour toute la différence le créancier serait simple chirographaire.

D'autre part le privilège est spécial sur les meubles, il ne peut en aucune façon garantir les frais qui auraient conservé un immeuble, de quelque façon que ce soit. La jurisprudence est assurément formelle. La place dans le Code civil du texte consacrant ce privilège, à la section des privilèges spéciaux sur les meubles, ne lui permettait aucune autre interprétation (2) ; aucun privilège ne

(1) Voir Trib. civ. Seine, 6 déc. 1906, *Gaz. Pal.*, 1907.1.9.

(2) Paris, 15 nov. 1875, D. 1879.2.99 (à rapprocher de Civ., 23 nov. 1862, D. 1863.1.293 et Civ., 26 janv. 1875, S. 1887.2.21, en sous-note,

peut grever un immeuble, pour travaux de conservation ou autres, en dehors des cas et des formalités prévues par l'article 2103, §§ 4 et 5.

Dans un arrêt du 19 janvier 1904 que nous avons déjà cité, la Cour d'appel de Chambéry n'a pas cru devoir s'arrêter à cette objection et a reconnu le caractère de frais de conservation aux primes payées pour garantir contre le risque d'incendie les immeubles d'une Société en liquidation judiciaire. C'est qu'en réalité la Cour a beaucoup plus considéré que l'assurance a pour but de conserver la valeur de l'objet assuré dans le patrimoine du bénéficiaire de la police, que la nature juridique de cet objet ; elle a donc reconnu à l'assureur qui aurait pu, très éventuellement, éviter à la masse la perte de ses immeubles, le privilège qu'elle a refusé à l'entrepreneur qui a matériellement empêché leur ruine.

Et par conséquent les bénéficiaires d'un des privilèges particuliers que la loi a créé sur certains meubles en raison de la qualité de la créance garantie, tels le vendeur ou le bailleur, ne seraient pas mieux protégés. L'objet à eux donné en gage viendrait-il à disparaître, ces créanciers, bien que postérieurs à la déclaration de faillite, se trouveraient purement et simplement soumis à la loi du dividende.

Ce dernier arrêt est à rapprocher de l'arrêt de Rouen, 7 juin 1899, *Journ. Faill.*, 1901, p. 109, parce qu'il se fonde en outre sur ce qu'à cette époque l'indemnité d'assurance ne prenait pas de plein droit la place de l'immeuble assuré. C'est en se basant sur la loi du 19 fév. 1889, dont l'art. 12 a créé cette subrogation de l'indemnité à l'immeuble, que la Cour de Rouen a reconnu à la prime d'assurance le caractère privilégié, mais en qualité de frais de justice. Pour éviter une objection, l'arrêt s'expose à d'autres plus graves encore. Nous n'y reviendrons pas.

Ainsi donc, quand on nous dit : Il n'est pas besoin de recourir à des systèmes compliqués que rien dans la loi ne semble avoir prévu pour justifier la préférence reconvenue aux tiers qui auront traité avec le syndic dans l'intérêt de la faillite, il suffit de faire appel aux privilèges consacrés par le Code civil, — il y en aura toujours un à la mesure de leur créance et quand on n'en trouvera pas, on les fera rentrer dans le privilège pour frais de justice ou de conservation qui sont extensibles à volonté, — non seulement on trahit la notion traditionnelle du privilège ou certaines règles juridiques incontestées, mais, de plus, on ne confère aucune garantie sérieuse aux tiers qui acceptent d'entrer en rapports juridiques avec le syndic après la déclaration de faillite.

C) *La notion d'enrichissement injuste ne saurait mieux s'appliquer* (1). — Le principe pur et simple de l'enrichissement injuste dépouillé de tout appel à l'idée de privilèges qui n'en sont que l'application à des cas particuliers permet-il mieux de justifier le droit de préférence des créanciers postérieurs à la faillite ?

Pour être payé par priorité sur l'actif de la faillite, suffira-t-il à ces derniers de dire : Par les prestations que nous avons fournies au syndic, nous avons procuré à notre détriment un enrichissement sans motif légitime aux créanciers du failli ; ils doivent nous en indemniser, et par conséquent, nous sommes en droit de saisir la part qui doit leur revenir dans la faillite de leur débiteur

(1) Consultez PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, VII, n° 752 ; Demogue, *Traité des obligations en général*, III, n° 141 ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, n° 238 et Req., 15 juin 1892, D. 1892.1.596, S. 1893.1.281 ; Voir Jurisprudence, *infra*, 2^e partie.

et de nous faire ainsi payer avant eux sur cet actif ? Nous ne le pensons pas.

En effet, en Morale, il suffirait sans doute de prouver que l'on s'est injustement appauvri au profit d'un tiers, pour avoir le droit de réclamer une indemnité aux bénéficiaires, mais en Droit, la doctrine et la jurisprudence sont d'accord pour soumettre l'exercice de l'action en indemnité, appelée souvent d'après le droit romain : « Action de in rem verso » à quatre conditions :

1° Enrichissement sans cause juridique du débiteur supposé.

2° Appauvrissement du créancier prétendu.

3° L'enrichissement de l'un est la conséquence directe de l'appauvrissement de l'autre.

4° Le réclamant n'a aucune autre action utile pour faire valoir ses droits, l'action de « in rem verso » n'est que subsidiaire.

Si ces quatre conditions sont remplies, le demandeur ne pourra obtenir qu'au maximum le montant de l'enrichissement retiré par le défendeur et au minimum le montant de ses débours.

Ainsi limitée, la théorie de l'enrichissement sans cause ne pourrait suffire à justifier la préférence que l'on veut reconnaître aux créanciers nouveaux.

1° En raison de la nécessité d'un enrichissement procuré au défendeur, l'action « de in rem verso » ne pourrait être intentée contre le consortium des créanciers du failli, quand les opérations du syndic se seraient montrées désavantageuses pour la masse. Si la continuation du commerce a simplement maintenu ou à plus forte raison si elle a diminué la valeur de l'actif, les tiers qui auraient traité avec le syndic ne pourraient se prétendre

créanciers des créanciers du failli. C'est sous une autre forme, le motif qui nous a fait repousser l'application du privilège des frais de conservation, qui ne peut pas jouer quand la chose n'a pas été effectivement conservée.

2° En raison de l'appauvrissement exigé chez le demandeur, l'action serait refusée au cocontractant du syndic dont la prestation n'est que conditionnelle, tel l'assureur qui garantit un risque, ou ne consiste pas en la remise d'un objet ou d'une valeur monnayable, tel serait aussi le cas de l'avocat, de l'architecte, ou de l'ingénieur qui auraient donné leurs « conseils » au syndic. Nous avons déjà rencontré également cet obstacle à propos du privilège des frais de conservation.

3° Enfin, ce système ne nous expliquerait pas davantage au nom de qui le syndic contracterait après la déclaration de faillite. Comme ce ne peut être au nom des créanciers du failli, puisque la jurisprudence se refuse formellement, à reconnaître aux créanciers nouveaux un droit sur le patrimoine personnel des anciens, force nous serait d'admettre que le syndic traite au nom du failli, mais alors le cocontractant aurait une action contre celui-ci et ne pourrait plus exercer l'action « de in rem verso » qui est seulement subsidiaire. Pour en retrouver l'exercice, il lui faudrait prouver d'abord que le failli ne sera pas en mesure de le payer complètement, ce que la déclaration de faillite laisse facilement présumer, mais aussi il lui faudra établir de quelle somme il se trouve appauvri, et par conséquent, il devrait attendre la clôture des opérations comme les simples créanciers du failli. A ce moment, on saurait d'une façon certaine, quelle est sa perte, et dans quelle proportion il a enrichi les créanciers du failli.

Ce n'est pas là, il faut l'avouer, une procédure bien engageante et les commerçants à qui le syndic s'adresserait, préféreraient s'abstenir ou bien tiendraient compte dans leurs prix, de leurs ennuis ou de leurs risques.

Cette atteinte à la règle de la subsidiarité de l'action « de in rem verso » est la meilleure raison que l'on ait de l'écarter des rapports entre créanciers du failli et créanciers postérieurs à la faillite. La théorie de l'enrichissement sans cause n'est pas en effet une règle de Droit inscrite dans la loi, mais plutôt une mesure prétoirienne inspirée du sentiment « du bon et du juste », que les tribunaux se réservent d'appliquer à défaut de tout autre moyen de donner satisfaction à une légitime demande du requérant.

S'il suffisait à une personne d'établir qu'elle s'est appauvrie au profit ou par la faute d'un tiers, pour avoir le droit de se faire indemniser par ce dernier, toutes les règles du Droit ne tarderaient pas à se résumer en un principe de morale qui défendrait de faire tort à autrui ou de s'enrichir à ses dépens (1). Et le Droit ne dépendant plus que du sentiment du juge, perdrait le caractère d'objectivité indispensable aux rapports sociaux.

Et d'ailleurs, les quatre conditions exigées seraient-elles remplies que les nouveaux créanciers n'obtiendraient pas la garantie qu'ils recherchent.

En effet, avons-nous dit, l'indemnité accordée ne peut dépasser la plus petite des deux sommes : « Appauvrissement subi ou enrichissement procuré. » Et par suite pour toute une partie de son prix, le cocontractant du syndic ne pourrait rien prélever sur le dividende revenant

(1) Conf. Henri MAZEAUD, *L'absorption des règles juridiques par le principe de la Responsabilité*, D. H. 1935, Chronique, p. 5.

au créancier du failli et devrait concourir avec eux sur les biens du débiteur.

La théorie de l'enrichissement sans cause ne peut donc servir à justifier la priorité des nouveaux créanciers par rapport aux créanciers antérieurs à la faillite. Nous la retrouverons dans notre seconde partie (1), non plus comme explication à cette préférence, mais comme source de dette du groupement formé par les créanciers du failli.

Nous adresserons enfin à ces systèmes, qu'ils se fondent sur les privilèges, ou sur l'enrichissement injuste proprement dit, un dernier reproche d'ordre non plus juridique ou pratique, mais plutôt moral. Ces systèmes aboutiraient en effet à ne reconnaître la qualité de créanciers de la masse qu'aux tiers qui auraient fourni une prestation au syndic, et à la refuser à tous ceux qui auraient subi un préjudice du fait de la continuation du commerce, ou de la liquidation des biens du failli.

Cela peut se produire dans bien des circonstances : pour nous borner à des hypothèses qui se sont présentées en jurisprudence, nous citerons les cas suivants : Un liquidé judiciaire continuant la gestion de son fonds avec l'assistance du liquidateur a copié les modèles d'un concurrent (2), des objets appartenant à un tiers ont été vendus à la requête du syndic avec les biens du failli, ou bien par un créancier de celui-ci à qui ils avaient été remis abusivement en gage (3), ou encore au cours d'un

(1) Voir *infra*, seconde partie.

(2) Une hypothèse de ce genre : Trib. correctionnel Seine, 27 juin 1907, *Journ. Faill.* 1907, p. 247.

(3) Ces cas de ce genre sont particulièrement nombreux. Voir note Gand, 17 nov. 1932, D. 1934.2.1.

procès, le syndic, par sa résistance injustifiée, a causé un préjudice particulier à l'adversaire (1).

Qui devra réparer ? Le Syndic personnellement ? Certainement pas en dehors du cas où le dommage causé par sa gestion sera la conséquence d'une faute personnelle (1). Il n'administre pas la faillite dans l'intérêt de son patrimoine personnel. Il ne peut supporter les risques d'une opération dont il ne doit pas retirer le profit.

Les créanciers du failli sur leur fortune personnelle ? Pas davantage. Sans doute est-ce dans leur intérêt que la faillite est administrée ou le commerce continué. Ils ne peuvent cependant être considérés comme des commettants, puisqu'ils n'exercent ni « autorité », ni « choix ». Cela résulte d'ailleurs expressément des termes de l'article 533 C. com.

Le failli lui-même ? Oui sans doute bien souvent, encore que si l'on peut accepter de voir dans le syndic, son mandataire, et dans les employés de la faillite, ses propres employés, il soit bien difficile de prétendre qu'il est leur commettant. En tout cas, ce recours sera purement illusoire, car en raison du dessaisissement qui a placé son patrimoine sous la main de la masse, aucune des obligations qui lui incomberait après la faillite, soit en vertu d'un acte juridique, soit de son fait, soit du fait des personnes ou des choses dont il est responsable, ne peut être exécutée sur ses biens ! La victime devrait attendre avec patience le retour du failli à une situation meilleure.

Il serait bien dangereux cependant de laisser se dérouler des opérations commerciales aussi complexes que la

(1) Sur cette question, voir 2^e partie, titre II, chapitre II, p. 353.

liquidation d'une faillite ou à plus forte raison la continuation de l'entreprise du failli sans que la plus petite crainte de responsabilité ne maintienne en éveil la prudence de leurs dirigeants !

Ainsi donc la théorie qui recherche le fondement du droit de préférence des créanciers postérieurs à la faillite, dans l'application des privilèges, quel que soit celui invoqué, si large en soit l'assiette de recouvrement, si vague la qualité des créances garanties, ou dans l'idée d'un enrichissement procuré par eux aux créanciers du failli, ne peut être en harmonie, ni avec les principes juridiques les plus certains, ni avec les besoins incontestables de la pratique, ni même, avec les simples exigences d'une morale élémentaire.

Devons-nous en conclure cependant que jamais les privilèges ne s'appliqueront entre créanciers postérieurs à la faillite et qu'après leur avoir accordé en bloc, par le moyen de la construction juridique que nous allons maintenant examiner, un droit de préférence à l'égard des anciens créanciers, on devra toujours les payer en parfaite égalité ? Certainement non. Nous verrons dans la troisième partie de notre étude (1) que les privilèges retrouvent leur rôle normal dans les rapports entre créanciers nouveaux comme dans les rapports entre créanciers antérieurs, mais ils doivent être appliqués séparément à l'intérieur de chacun des deux groupes.

Construire un système juridique dans lequel tous les créanciers postérieurs seront nécessairement et automatiquement préférés à tous les créanciers antérieurs, dans la distribution du prix des biens du failli (sauf bien

(1) Cf. *infra*, pp. 429 et suiv.

entendu aux créanciers antérieurs auxquels un privilège confère un droit particulier ; nous verrons d'ailleurs qu'ils ne figurent pas dans la masse), tout en laissant à chacun d'eux le droit d'être préféré aux autres créanciers de sa catégorie, chaque fois que la loi a jugé sa créance digne d'une protection particulière, tel est le but de la théorie que nous allons maintenant analyser.

CHAPITRE III

Justification du droit de préférence par l'idée de personnalité morale de la masse (1)

§ 1^{er}. — *Exposé de la théorie*

Bien avant que ne fut construit le système juridique que nous venons de rejeter, une autre théorie avait été émise, tant en doctrine qu'en jurisprudence d'après laquelle le groupement des créanciers du failli créé par la loi, doit être considéré comme un véritable « sujet de droit ». Dans la sphère d'action qui lui a été impartie, la masse pourra mener la même vie juridique qu'une personne physique. Elle exerce, en son nom, les droits de chacun des créanciers à l'égard du failli comme ils le pourraient faire eux-mêmes en gérant leurs propres intérêts. Mais si la masse recueille l'avantage d'être regardée, dans la vie juridique, comme une personne physique, elle doit en supporter les charges. De la même façon que des obligations naîtront à son profit, d'autres pourront être reconnues à sa charge. Sur les valeurs qu'elle aura acquises par l'exercice de ses droits, elle devra payer ses dettes ; créances et dettes sont les deux faces insépara-

(1) Consulter notamment : PERCEROU, *op. cit.*, I, n^{os} 78 et s. ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, 5^e édit., n^{os} 472 et s. ; GOMBEAUX, *Les créanciers de la masse en faillite* (*Ann. droit commercial*, 1907, p. 412) ; Henri MAZEAUD, *Les obligations extracontractuelles de la masse dans la faillite* (*Rev. crit. législ. jurispr.*, 1926, p. 126).

d'un patrimoine, et c'est seulement le résultat de leur balance qu'elle pourra répartir entre ses membres.

Cette aptitude à se comporter dans la vie juridique comme une personne physique, reconnue à certains groupements d'intérêts communs à plusieurs individus, et par cela même individualisés par rapport aux intérêts particuliers de chacun, constitue ce que l'on appelle la « personnalité morale ».

Que la masse des créanciers dans la faillite fut une personne morale, cela ne pouvait faire le moindre doute pour les auteurs de la loi de 1838, et pour la jurisprudence qui eut à l'appliquer dans les années qui suivirent. Dans deux décisions que nous avons déjà rencontrées, du 17 mars 1840 et surtout du 24 août 1843 (1), la Chambre des Requêtes eut l'occasion de le proclamer. Par ce dernier arrêt elle décida que « l'avoué qui a occupé en justice pour le compte de la masse n'est pas le mandataire de tous les créanciers considérés individuellement, mais d'une personne morale qui a une action juridique indépendante de la leur ».

Et l'arrêt de rejet concluait : « il est de principe qu'une masse constitue une personne morale distincte des individus qui la composent, seule représentée par les syndics, seule obligée par leurs actes à l'égard de tous. » Sa décision fut entraînée par les conclusions de son rapporteur, M. le Conseiller Troplong, un des plus éminents juristes de l'époque et qui eut une part importante dans l'élaboration de la loi de 1838. Examinant les deux prétentions soumises à la Cour il écrivait : « tout le nœud de la question est de savoir qui les avoués représentent. Le

(1) Ch. Req., 17 mars 1840, S. 1840.1.213 et 24 août 1843, S. 1843.1.757 (sur pourvoi c. Paris, 24 décembre 1841, S. 1842.2.175).

pourvoi veut qu'ils représentent les créanciers individuellement. Au contraire le système opposé de l'arrêt est qu'ils représentent non pas des individus mais une *personne morale*, une masse, et par conséquent, c'est la masse qui est seule obligée... En principe la masse forme une personne distincte, comme une hérédité vacante, une société, etc. Les individus considérés « *ut singuli* » sont distincts de la masse. Elle est si bien une personne morale distincte, que la volonté de chacun peut être dominée par la majorité, ainsi qu'il arrive pour la présentation du syndic. Les personnes morales composées, dit Puffendorf (livre I chap. I, § 13) se forment lorsque plusieurs individus s'unissent ensemble de telle manière que ce qu'ils veulent ou ce qu'ils font en vertu de cette union, n'est qu'une seule volonté ou une seule action. Et l'on conçoit que cela arrive ainsi toutes les fois que chaque particulier soumet sa volonté à celle d'une assemblée. »

« Si la masse forme une personne, c'est cette personne que les syndics ont pour mission judiciaire de représenter. Ils ne représentent pas les créanciers « *ut singuli* », ils représentent la masse, c'est pour la masse qu'ils ont agi, c'est la masse qui répondra, puisque c'est par elle que l'obligation a été contractée ».

C'était là une conception unanimement adoptée par la doctrine et notamment par Renouard (1), Pardessus (2), Delamarre et Le Poitevin (3).

(1) RENOARD, *Traité des faillites et banqueroutes*, 3^e édit., t. I, pp. 217 et 289 ; t. II, pp. 129 et 206.

(2) PARDESSUS, *Cours de Droit commercial*, 6^e éd., 1857, t. III, p. 472.

(3) DELAMARRE et LE POITEVIN, *Droit traité de Droit commercial*, t. VI, n^o 68 et s.

Elle fut suivie par la jurisprudence. Nous citerons en ce sens : Un arrêt de la Cour d'appel d'Agen, du 22 décembre 1846 (1) qui se prononça en ce sens à propos des dépens auxquels est condamnée la masse.

Puis furent rendus entre autres, un arrêt de la Chambre civile, du 20 août 1863 (2) toujours au sujet des dépens, faisant suite à une longue série de décisions dans le même sens : Riom, 1^{er} juin 1859 (3), Chambre civile, 7 avril 1857 (4), Paris, 12 mai 1850 (5), et en matière de responsabilité contractuelle ou délictuelle, une très longue série d'arrêts que nous retrouverons en étudiant séparément chacune des différentes sources de dettes de la masse.

Cependant ce système adopté sans discussion jusque vers 1880 fut combattu par M. Thaller au moment où il proposait la théorie du privilège (6). « La personnalité morale, soutient-il, ne peut exister que dans la mesure où la loi l'accorde expressément. Certes, si la loi avait décidé que la masse devait être considérée comme un être juridique distinct de ses membres, comme par exemple la société, ou les « êtres purement abstraits » que, en droit administratif la loi érige en personnes juridiques (établissements d'utilité publique ou autres), il n'y aurait qu'à s'incliner. Mais cette force vivifiante

(1) Agen, 22 déc. 1846, S. 1847.2.204 ; D. 1847.2.87.

(2) Civ., 20 avril 1869, D. 1869.1.340.

(3) Riom, 1^{er} juin 1859, D. 1859.2.124.

(4) Civ., 7 avril 1857, D. 1857.1.171.

(5) Paris, 12 mai 1850, S. 1852.2.136.

(6) THALLER, article précité, *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1881, pp. 632 et s.

s'exerçant sur des conceptions intellectuelles inaccessibles, a quelque chose de si extraordinaire que l'on ne peut à défaut de textes que la nier ». Et il remarquait « les créanciers de la masse ou ceux que l'on désigne sous cette appellation n'ont pas suivant nous, la masse pour débitrice. La raison qu'il en faut donner est que la masse est un être purement imaginaire ».

« Vue à distance, la liquidation a pu, grâce à un mirage prendre les apparences d'une entité juridique, servant à soutenir des créances ou des dettes. Mais si l'on s'approche cette entité s'évanouit. C'est pour les besoins du langage qu'on s'est habitué à donner un corps à une pure création de l'entendement. Nous craignons bien qu'on ait été dupe des mots ». Et quelques pages plus loin il concluait : « Il faut faire table rase de cette notion toute artificielle. »

Pour apprécier si cette critique est justifiée, s'il ne peut y avoir de personne morale en dehors de celles consacrées formellement par la loi, et surtout si rien dans le Code de commerce ne permet de conclure que le législateur a entendu accorder la personnalité morale à la masse, il nous faut analyser ce qu'on entend par le terme de « masse » .

§ 2. — *Analyse de la notion de masse*

La masse se présente à nous, d'abord, comme la réunion des droits que les créanciers chirographaires pouvaient faire valoir sur le patrimoine du failli, chacun pour son propre compte. La loi craignant qu'en commençant des poursuites, ou par une entente frauduleuse

avec le failli, un des créanciers n'arrive à s'assurer une situation meilleure au détriment des autres, enlève à chacun d'eux, dès le prononcé du jugement déclaratif l'exercice de ses droits.

De leur ensemble elle forme un faisceau solidement lié dans lequel chaque droit personnel est si intimement uni aux autres que pendant toute la durée de l'exercice qu'en fera la masse, on ne pourra l'en distinguer. Mais il ne s'agit jamais que d'un faisceau, et non pas de la fusion de tous ces droits en un seul. Que la masse vienne à se dissoudre, le faisceau se déliera et chaque créancier retrouvera son droit tel qu'il l'avait confié, avec toutes ses particularités personnelles, tant au point de vue de la prescription, que de ses modalités, ou de ses garanties (cautionnement).

Dans l'actif de la masse, la loi n'a donc pas mis le droit du créancier, mais plutôt l'action qui y est attachée. Ce que les créanciers abandonnent, ce n'est pas à proprement parler leur créance, mais le droit de poursuite attaché à cette créance.

Il se produit une dissociation entre le droit et l'action, une séparation entre les deux éléments du droit de créance, tels qu'on les analyse traditionnellement (1), le « *debitum* » et l'« *obligatio* ».

Le « *debitum* », le rapport de droit, existant entre le

(1) CORNIL, *Debitum et obligatio*, mélanges GIRARD, t. I, pp. 199 et s. ; YSAY, *Schuldverhältnis und Haftungsverhältnis im heutigen Recht*, Iherings-Jahrbücher, 1904, pp. 184-208 ; SCHWIND, *Schuld und Haftung in geltenden Rechte*, Iherings-Jahrbücher, 1919, pp. 1.205 ; GANGI, *Albito e Responsabilità*, Studi sassaresi, 1921, 2^e série, vol. 1 ; PACCHIONI, *Trattato delle obbligazioni*, Torino, 1927, pp. 1-50 ; POPA,

créancier et le débiteur, est maintenu entre le failli et chacun de ses créanciers individuellement.

L'« obligatio », le *vinculum juris*, c'est-à-dire le droit d'agression, le pouvoir de contrainte qu'a le créancier sur les biens de son débiteur, est enlevée aux créanciers du failli, et conférée à la masse qui doit en tirer le plus d'avantages possibles dans leur intérêt commun.

Ce faisceau de droits comprend donc essentiellement l'exercice et la réalisation du droit de gage que l'article 2092 du Code civil accorde au créancier sur le patrimoine du débiteur. C'est d'ailleurs ce but commun à tous qui a permis de grouper des droits dont l'origine peut être bien différente.

Si les choses en étaient restées là, la masse n'eût guère été mieux armée que chacun des créanciers avant la faillite. Elle eût été obligée de saisir chaque bien séparément, de le vendre, puis d'en répartir le prix. L'avantage eût été sans doute, de réaliser une économie sur les frais de procédure, puisqu'une seule saisie aurait bénéficié à tous les créanciers. Serait-ce assez cependant pour justifier une modification aussi profonde du mode ordinaire d'exécution ? Mais la loi est allée beaucoup plus loin !

En même temps qu'elle unit entre eux tous les créanciers, la loi enlève au failli la libre disposition de ses biens. L'article 443 du Code de commerce décide en effet, que « le jugement déclaratif emporte de plein droit, à partir de sa date, dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens même de ceux qui peuvent lui échoir tant qu'il est en état de faillite ».

Toute opération faite par le failli sur son patrimoine sera donc inopposable à la masse. On pourrait être tenté de voir dans cette indisponibilité, une sorte d'universalisation de l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil la faillite constituant une présomption irréfragable de fraude à l'égard des actes du failli. Ce ne serait pas aller assez au fond des choses. Nous avons vu que le dessaisissement du failli se produit au moment même où les droits de chaque créancier s'unissent dans la masse, c'est qu'en effet au dessaisissement du failli, correspond, ipso facto un « ensaisissement de la masse » (1). Puisque, en effet, le droit de gage que le Code civil reconnaît au créancier sur les biens du débiteur doit, à défaut de paiement volontaire, aboutir à l'expropriation de celui-ci dans l'intérêt de celui-là, pourquoi ne pas hâter cette transmission des droits de l'un à l'autre dans les cas où aucun abus n'est à craindre en raison de la surveillance du tribunal ? Et la loi, par cet ensaisissement, a commencé à investir la masse des droits patrimoniaux du failli. Elle a dépassé le stade de la saisie pour parvenir à celui de l'expropriation. La saisie laisse le débiteur intégralement propriétaire de ses biens jusqu'à leur vente, mais il en est alors exproprié en un seul bloc, ce qui, entre autres effets, permet à un créancier postérieur à la saisie, de faire valoir ses droits jusqu'à la répartition du prix, qui, seule confère un droit privatif au saisissant (2).

En matière de faillite, la loi commence, dès le jugement déclaratif à dissoudre le droit de propriété ou de

(1) GOMBEAUX, *Les créanciers de la masse en faillite* (*Annales de Droit commercial*, 1907, p. 417).

(2) Cf. : GLASSON-TISSIER-MOREL, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, t. IV, n°s 1073 et s.

créance du failli, mais elle procède par étape : elle sépare le droit en ses différents éléments et n'en dépouille le débiteur que progressivement. Pendant la période préparatoire, le « jus utendi » le droit de se servir de ses biens et de les administrer passe immédiatement à la masse. Elle peut accomplir sur eux tous les actes d'administration, et non pas seulement les actes ordinaires, comme réclamer paiement d'une créance due au failli, ce qui rentrerait dans l'exercice des droits du débiteur prévu par l'article 1166 du Code civil, mais aussi les actes beaucoup plus graves, qu'exige par exemple, la continuation du commerce du failli (article 470 du Code de commerce), sous la seule réserve que son agent, le syndic, y soit autorisé par le juge-commissaire.

Il s'agit bien là d'une immixtion complète dans le patrimoine du failli, telle qu'un créancier saisissant ne pourrait se le permettre.

Puis disparaît le « jus fruendi », le droit de percevoir les revenus du failli. C'est le syndic qui touche les loyers des immeubles, perçoit les intérêts de ses créances, recueille ses récoltes. Quant au « jus abutendi » il n'est pas encore atteint. La déclaration de faillite se borne à en paralyser l'exercice entre les mains du failli.

La procédure aboutit-elle à un concordat, le failli est immédiatement réinvesti de ses droits dont le jugement déclaratif l'avait privé. L'union vient-elle à s'ouvrir, la loi accomplira une demi-étape de plus.

Puisque les biens doivent maintenant être vendus, et le prix distribué entre les créanciers, la loi va pouvoir entamer le « jus abutendi », le droit d'aliéner les biens. Mais là elle n'est pas allée jusqu'à l'expropriation complète. Elle n'a pas voulu que la masse fut « ipso facto »

investie des droits patrimoniaux du failli. Une nouvelle subdivision s'opère : la jouissance en est laissée au failli, il reste propriétaire des biens jusqu'à la vente, qui est faite en son nom. C'est directement de sa tête sur celle de l'acquéreur que passe le droit de propriété : ce qui implique qu'il est personnellement tenu à garantie.

La jurisprudence a eu l'occasion d'appliquer cette idée à propos de la vente du fonds de commerce du failli. Un élément important de la valeur de ce fonds est constitué par l'obligation imposée au vendeur de ne pas créer un commerce semblable dans un certain rayon.

Comment faire supporter cette obligation au failli, si la masse est considérée comme vendeur ?

Les tribunaux ont décidé que le failli est tenu de cette obligation parce qu'il est resté propriétaire (1). D'autre part, si dans un cas extraordinaire, la réalisation de l'actif dépasse le montant des dettes, toute la différence reviendra au failli (2).

Mais l'exercice en est confié à la masse. Quand la vente pourra avoir lieu, c'est son agent le syndic qui fera les

(1) Paris, 3 déc. 1890 et Cass., 21 juil. 1891, *Journ. Faill.*, 1891, pp. 14 et 482.

(2) Le failli est donc à cet égard dans la situation de tout débiteur saisi. On est d'accord en doctrine et en jurisprudence pour décider que dans la procédure d'adjudication après saisie, c'est le débiteur saisi qui doit être considéré comme vendeur et donc tenu à garantie. En cas d'éviction, les créanciers saisissants peuvent seulement être condamnés à restituer le prix à l'adjudicataire.

Consulter en ce sens : GLASSON-TISSIER-MOREL, *Traité théorique et pratique de procédure civile*, t. IV, n^{os} 1073 (saisie-exécution) et 1330 (saisie immobilière) ; CÉZAR-BRU, *Théorie et pratique des voies d'exécution*, n^{os} 324 et s. ; Civ., 28 mai 1862, D. 1862.1.209, S. 1862.1.747 ; Lyon, 6 mars 1878, D. 1878.2.65, S. 1878.2.201 ; Bordeaux, 28 avril 1882, S. 1883.2.148 ; Pau, 9 janv 1892, D. 1894.2.391,

démarches nécessaires soit pour trouver un acquéreur, dans les cas où une vente amiable est possible, soit pour mettre en mouvement la procédure de vente judiciaire, quand la loi l'exige.

Après la vente de ces divers biens ; l'expropriation du failli est achevée, c'est la masse qui devient directement créancière du prix.

Nous voyons donc que la masse jouit, sur les biens du failli, de droits autrement importants que ceux conférés aux créanciers ordinaires, même parvenus au stade de la saisie, par l'article 2092 du Code civil.

Elle a acquis comme on l'a fait justement observer (1) un « droit réel de gage ». Mais à l'inverse de la constitution de gage conventionnelle qui exige que l'objet sorte matériellement du patrimoine du débiteur, c'est ici le patrimoine du créancier qui l'investit au fur et à mesure que le premier bat en retraite.

Ce droit réel acquis par la masse sur les biens du failli nous explique d'abord pourquoi, après la déclaration de faillite, aucune des obligations qui viendrait à lui incomber ne peut plus être exécutée sur ses biens et surtout pourquoi ce ne sont pas seulement les obligations issues d'une convention qui sont inopposables à la masse — (on pourrait le justifier par une présomption générale de fraude) — mais aussi toutes celles qui pourraient naître d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit. Sans doute dans ces cas aucune collusion n'est-elle à craindre entre le réclamant et le failli, tout au moins sur le fait générateur de l'obligation. Mais comment des biens que

(1) PERCEROU, *op. cit.*, n^o 97 et s. ; 483, 486 et s., et 1141,

le failli ne possède déjà plus d'une façon « utile » et sur lesquels la masse, par l'effet du jugement de faillite, a acquis un droit privatif, pourraient-ils être constitués en gage aux créanciers postérieurs. La jurisprudence a fait diverses applications de cette idée.

Par un arrêt du 30 avril 1889 (1), la Chambre des Requêtes fut appelée à se prononcer dans les circonstances suivantes : Un failli, à l'insu de son syndic, ouvrit un débit de boisson qu'il agença avec des meubles dépendant de la faillite, mais dont le syndic lui avait laissé la garde. Puis les meubles furent vendus à la requête du syndic. La Régie des Contributions indirectes, créancière postérieure à la faillite des taxes incombants au débit de boisson, voulut exercer son privilège sur le prix : La Cour jugea « que si d'après le 1^{er} alinéa de l'article 2098 C. civ. le privilège à raison des droits du Trésor public et l'ordre dans lequel il s'exerce sont réglés par les lois qui les concernent, le Trésor public ne peut cependant, d'après le second alinéa du même article, obtenir de privilège, au préjudice des droits antérieurement acquis à des tiers.

« Qu'aux termes de l'article 443 C. com. la déclaration de faillite dessaisit le failli de l'administration de ses biens et opère en faveur de ses créanciers une mainmise avec droit de gage sur tout son actif ; qu'à partir de ce moment aucune créance nouvelle ne peut être créée au préjudice de la masse, ni venir en concours avec les créances dont l'origine ou l'existence est antérieure à la faillite ».

L'opinion de la Cour de Cassation est nette : La masse qu'elle n'hésite pas qualifier « tiers », a acquis sur les

(1) Req., 30 avril 1889, *Gaz. Pal.*, 1889.1.795.

biens du failli un droit réel qui met obstacle à toute autre espèce de disposition.

Elle l'avait déjà fait connaître peu de temps auparavant, à propos d'une cession de créance effectuée par le failli, par un arrêt du 16 novembre 1887 (1), rendu en ces termes : « Attendu qu'aux termes de l'article 443 C. com., le jugement déclaratif de faillite, opère de plein droit, et à partir du jour même où il a été rendu, le dessaisissement pour le failli de l'administration de tous ses biens ; que par suite, tous actes d'administration et à plus forte raison de disposition sont nuls de droit... »

Dans un 3^e arrêt de sa Chambre civile, du 11 août 1857 (2), elle avait décidé que dans le cas où une faillite a été déclarée entre le commencement d'une poursuite criminelle et l'arrêt de condamnation, la créance des frais de poursuite est opposable à la faillite, ce qui implique par a contrario que si le jugement déclaratif avait été rendu avant le commencement des poursuites, la créance serait restée étrangère à la masse ; cet arrêt est d'autant plus caractéristique qu'il s'agit là du type même de l'obligation involontaire.

Le droit réel de la masse ne s'étend pas seulement sur les biens que possédait le débiteur le jour de sa déclaration de faillite. En effet, au faisceau constitué par l'exercice du « pouvoir de contrainte » dont disposait chaque créancier, la loi a ajouté un certain nombre d'autres droits absolument personnels à la masse, et qui achèvent de faire ressortir l'individualité de ce groupement :

(1) Req., 16 nov. 1887, *Gaz. Pal.* 1887.II.619 ; sur pourvoi contre Paris, 19 juillet 186, *Gaz. Pal.* 1886.II, supp. 86.

(2) Civ., 11 août 1857, D. 1857.1.342.

Droit de faire prononcer la nullité de toute donation, de toute dation en paiement, de toute constitution de droit réel en garantie d'une créance antérieure, effectuées pendant la période suspecte ou les dix jours qui l'ont précédée (art. 446 C. com.). Droit de poursuivre l'annulation de tout paiement ou de tout acte à titre onéreux, accompli par le failli pendant la période suspecte si le bénéficiaire avait eu connaissance de l'état de cessation de paiement (art. 447), ainsi que de toute inscription demandée pendant cette période ou les dix jours qui l'ont précédée, de toute hypothèque valablement accordée auparavant, s'il s'est écoulé plus de 15 jours entre l'acte constitutif et la prise de l'inscription (art. 449).

Nous verrons d'autre part (1) que les tribunaux déduisent à juste raison, des articles 550 et 576 C. com. que les droits de la masse s'étendent même sur les biens qui n'étaient qu'en apparence la propriété du failli, parce qu'il avait été convenu d'une clause suspendant le transfert de leur propriété sur la tête de l'acheteur jusqu'à complet paiement du prix.

Enfin, M. Gombeaux (2) rappelle que dans le cas particulier où le failli est une société anonyme, la jurisprudence a décidé que la masse peut exercer un autre droit, non plus contre le failli, mais contre des tiers : « Les actions en responsabilité créées directement au profit des créanciers contre les administrateurs d'une société anonyme nulle déclarée en faillite. » Il s'agit cer-

(1) Voir *infra*, seconde partie, pp. 327 et s.

(2) GOMBEAUX, *Les créanciers de la masse en faillite* (*Ann. Droit com.* 1907, p. 427).

tainement là d'un droit commun à tous les créanciers, mais qui nous paraît plutôt devoir rester en dehors de la faillite, parce qu'il aurait pu aussi bien être exercé sans sa déclaration.

A l'égard de ces biens déjà sortis du patrimoine du failli, ou qui n'y sont pas encore entrés, on ne peut plus parler d'investissement de la masse dans les droits du failli ; ce sont là des droits qui lui sont rigoureusement personnels, acquis par la volonté de la loi, et les biens qui en sont l'objet constituent sa propriété complète.

Il importe de distinguer ces deux catégories de droits parce que la masse, quand elle exercera ceux acquis du failli, devra être considérée comme son ayant cause ; au contraire quand elle agira en vertu de ses droits personnels elle devra être regardée comme un tiers.

Coté passif en échange du transfert à la masse des actions attachées à leur droit, les créanciers du failli vont acquérir contre elle le droit de partager proportionnellement les sommes qu'elle aura recueillies en les exerçant.

Cette proportion est d'ailleurs aussi incertaine que l'actif de la masse est indéterminé ; on ne connaîtra l'une qu'après la vérification et l'affirmation des créances et l'autre qu'après la réalisation des biens du failli, si la procédure ne tourne pas court. C'est précisément cette double incertitude qui contribue à caractériser l'individualité, et l'indépendance de la masse, tant à l'égard du failli qu'à celui de ses créanciers.

Si l'on savait par avance que l'actif net donnera 100.000 francs et que M. A. a une créance représentant 50 % du total des dettes, M. B. 30 % et M. C. 20 %, il n'y aurait plus que propriété indivise, ainsi que l'écrit

M. Gombeaux (1), « c'est précisément parce que l'actif est indéterminé, et la part de chaque créancier incertaine, que la masse a cette indépendance par rapport au patrimoine de chacun des créanciers ». Et donc différente du patrimoine du failli puisqu'elle étend ses droits sur des biens qui ne lui appartiennent plus ou ne lui ont jamais appartenu, différente du patrimoine de chaque créancier puisque débitrice envers eux, la masse nous apparaît sous ce premier aspect comme constituant d'abord un véritable « *patrimoine* ».

Mais un patrimoine est une abstraction, comme les obligations, créances ou dettes, dont il est la résultante. Pour exercer ses droits, il a besoin de l'entremise d'un être vivant. Ce sera le titulaire des droits, lui-même, quand ce patrimoine appartient à une personne physique, et quand il appartient à une personne morale, un tiers qui agira en qualité d'organe exécutif de cette personne, avec ou sans le contrôle d'autres organes.

La masse nous présente-t-elle de tels organes ?

Elle possède d'abord le *syndic*. Le syndic est chargé par la loi de prendre toutes les mesures nécessaires pour conserver les biens qui constituent le gage de la masse (art. 468 à 483 et 490), exercer les droits qui forment le patrimoine de la masse, agir en justice ou y défendre (art. 443 à 448), continuer des contrats (art. 450), vérifier et contester les créances (art. 491 à 503), réaliser le gage de la masse, ainsi que nous l'avons vu en exerçant les droits tombés dans son patrimoine (art. 484 à 489-528 à 532, 571 à 573).

Il constitue donc un organe d'initiative et d'exécution,

(1) GOMBEAUX, article précité.

véritable cerveau de la masse. Il est l'agent aux relations extérieures par l'intermédiaire duquel les tiers pourront entrer en relation juridique avec la masse.

Cela nous montre quel est son rôle exactement, « *agent de la masse* » avant tout, et non pas, comme on le prétend parfois, représentant du failli. Sans doute, quand il vend les immeubles du failli, il exerce bien un droit du failli et pourrait à cet égard être considéré comme son représentant, mais en réalité, il exerce ce droit au nom de la masse, parce que cet exercice constitue un des éléments du patrimoine de cette dernière. Si on le considère comme représentant du failli, ce ne peut être qu'indirectement, à travers le patrimoine de la masse, et il serait vraiment un représentant bien singulier qui n'agirait pas dans l'intérêt du représenté, mais dans celui d'un tiers entrain de l'exproprier. Il vaut mieux renoncer à cette idée de représentation et reconnaître que le syndic ne joue jamais qu'un seul rôle : organe de la masse.

Comment sera-t-il nommé ? Logiquement, on devrait conclure de l'examen de ses fonctions qu'il est élu par les créanciers. C'était bien la solution du Code de commerce de 1807, mais la loi de 1838 a innové à cet égard : le syndic est imposé d'autorité à la masse, par le Tribunal de commerce représentant de la puissance publique. Cependant, si les créanciers ne peuvent plus le nommer, du moins ont-ils le droit de contrôler le choix du tribunal. Et cela nous conduit à examiner le second organe de la masse : *L'Assemblée des créanciers*. La loi de 1838 a prévu que les créanciers pourraient se réunir en assemblée, à différentes reprises et pour des fins très diverses : Avis (qui ne lie jamais le tribunal) sur la nomination

du syndic (art. 462 et 524 C. com.), nomination de contrôleurs, s'ils le jugent utile ; vérification et affirmation des créances (art. 493), examen du projet de concordat et vote (art. 504 et suiv.), examen des comptes du syndic et vote sur l'excusabilité du failli (art. 538).

Toutes ces assemblées ont un caractère commun : elles se prononcent à la majorité, variable, sans doute, suivant l'objet de la délibération, mais toujours à la majorité, et la minorité est liée par la décision prise.

Ce pouvoir qu'a la majorité de lier la minorité achève de fixer le caractère d'indépendance de la masse. Non seulement elle possède un patrimoine différent de celui du failli et de celui des créanciers, mais aussi un organe lui permettant d'exprimer une volonté collective qui n'est absolument celle d'aucun de ses membres (c'est pour cette raison, nous nous en souvenons, que Troplong reconnaît la personnalité morale à la masse), mais plutôt la résultante de leurs volontés individuelles, et un organe lui permettant de les réaliser ; ajoutons enfin qu'elle possède aussi un organe de surveillance, émanant de l'assemblée : il est constitué par un ou deux contrôleurs que les créanciers ont la faculté de nommer. Leur avis est nécessaire au syndic pour accomplir les actes d'une certaine gravité, mais ne le lie jamais. Aussi les contrôleurs ne jouent-ils pas un grand rôle dans la faillite.

§ 3. — *La masse constitue-t-elle une personne morale ?*

Ainsi donc par une observation attentive des différents éléments juridiques que l'on confond sous le terme générique de masse, nous avons pu constater que cette

masse se compose d'un patrimoine complètement individualisé. — C'en est là l'élément essentiel, dit M. Gombaux, qui ajoute : « le fait capital est moins le groupement des créanciers que l'indépendance acquise par le patrimoine soumis aux droits de la masse », droits qui constituent par eux-mêmes, indépendamment des biens qui en sont les objets, le patrimoine de la masse, pouvons-nous dire avec plus de précision — puis d'organes lui permettant d'entrer en rapports juridiques avec les autres sujets du droit. Du point de vue externe, la masse nous paraît donc remplir toutes les conditions qui caractérisent les personnes morales, tant de droit public que de droit privé.

Pouvons-nous en conclure que la masse constitue nécessairement une personne morale ?

Si la masse pouvait s'intégrer dans un des groupements d'intérêts privés dont la personnalité morale est formellement reconnue par la loi, société ou association, cela lèverait les derniers doutes et réduirait à néant la plus forte des objections de M. Thaller, dans l'article que nous avons cité.

L'assimilation est bien séduisante entre la masse et une des formes de société commerciale : La société anonyme (1). Dans l'une comme dans l'autre, le patrimoine a acquis une individualité juridique complète. Les associés, ce sont les créanciers dont chacun doit, comme l'actionnaire, subordonner son intérêt propre à l'intérêt commun, et le procès-verbal du juge-commissaire qui arrête leur liste après vérification et affirmation des créances, correspond au dépôt chez le notaire

(1) PERCELOU, n° 78 et s., t. I, pp. 83 et s.

de la liste des souscripteurs et à l'approbation des apports.

L'apport c'est le droit de chacun des créanciers dans le gage commun.

A l'égard des organes, la ressemblance entre ces deux groupements est encore plus nette ; quant à l'*organe exécutif*, au conseil d'administration correspondent le syndic ou le liquidé assisté du liquidateur ; quant à l'*organe de surveillance*, aux commissaires aux comptes correspondent les contrôleurs. Quant à l'*organe délibérant*, dans l'une comme dans l'autre les associés décident à la majorité du sort de leurs intérêts. Sans doute, en cas de faillite, le Tribunal de commerce est-il appelé à homologuer le concordat après le vote des créanciers, tandis que la décision de l'assemblée extraordinaire des actionnaires statuant sur un projet de dissolution ou de fusion de la société est définitive par elle-même. Mais cela s'explique par le fait que les créanciers ne sont pas libres de ne pas entrer dans la masse, et d'ailleurs les tribunaux se sont depuis longtemps reconnus le droit de contrôler les délibérations des assemblées d'actionnaires, pour apprécier si le vote de la majorité a été uniquement guidé par l'intérêt commun des associés ou par une cause étrangère, et dans ce cas, n'hésitent pas à annuler, à la demande de la minorité, une décision qui a paru entachée d'un détournement de pouvoirs.

Cependant, en dépit des ressemblances externes, nous ne croyons pas que l'assimilation soit possible. D'abord, si en effet, un simple droit peut faire l'objet d'un apport en société du moins, doit-il avoir pour but la réalisation d'un bénéfice. La société est donc créée pour un temps assez long qui lui permettra d'acquérir ces bénéfices. La

masse, au contraire, est limitée dans sa durée comme dans son but : réduire les pertes. Dans un sens large, il est certain qu'éviter une perte, c'est encore réaliser un bénéfice, et la jurisprudence accorde par exemple l'action pour enrichissement sans cause à la personne qui aura, sans y être obligée, subi un appauvrissement pour éviter une perte à un tiers. Mais en matière de société, le sens de « bénéfice » est beaucoup plus étroit. Les Chambres réunies de la Cour de Cassation ont décidé, dans un arrêt célèbre (1) : « Le bénéfice doit s'entendre d'un gain pécuniaire ou d'un gain matériel qui ajouteront à la fortune des associés. » Il est certain que la masse ne pourra au mieux procurer à ses membres que le paiement de leur dû. Il faut cependant noter que cette conception étroite de la notion de bénéfice est généralement critiquée par les auteurs, et notamment par MM. Planiol et Ripert (2), Colin et Capitant (3), Michoud (4), Buisson (5), qui estiment que le bénéfice est un avantage matériel quel qu'il soit, et le Tribunal de la Seine, par un jugement du 19 janvier 1927 (6), a un peu élargi l'interprétation de la Cour de Cassation qui reste cependant le droit positif français en la matière.

Mais une raison beaucoup plus probante encore empêche d'assimiler la masse à la société : La société ano-

(1) Chambres réunies, 11 mars 1914, D. 1914.1.257.

(2) PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, II.1943.

(3) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, n° 762.

(4) MICHOD, *De la pers. mor.*, p. 277.

(5) BUISSON, *Les groupements d'obligataires*, chap. II.

(6) Trib. civ. Seine, 19 janv. 1927, D. 1928.2.57. De même le projet franco-italien de Code des obligations, art. 531, entend par bénéfice « la réalisation d'une fin économique commune ». — V. Capitant, II.760, en note.

nyme, comme toutes les autres formes de société, est consensuelle. La volonté de ses membres est déterminante dans sa formation comme dans sa gestion. Libres de ne pas y entrer, ils restent libres d'en sortir. Maîtres de leurs décisions, ils choisissent les administrateurs, peuvent les révoquer, ce qui leur donne donc, du moins en droit strict, le moyen d'assurer la conduite de la société selon leurs vues. La masse, au contraire, est imposée d'autorité aux créanciers du failli, ils ne peuvent ni se refuser à la former, puisque la faillite peut même être prononcée d'office par le tribunal, et que la liquidation judiciaire doit être demandée par le débiteur, ni même imposer leur façon de voir au syndic à l'égard de qui ils n'ont qu'un droit de contrôle.

La masse formée, l'évolution de la procédure échappe complètement à la volonté de ses membres : ils n'auront plus qu'à choisir entre deux solutions et c'est là toute leur initiative. En reprenant une terminologie familière aux auteurs de droit public, nous pouvons dire que la société est un *contrat*, tandis que la masse est soumise à un « *statut* ».

Poursuite d'un bénéfice ; limitation des pertes ; situation contractuelle ; situation statutaire, ces dissemblances nous montrent combien il serait vain de chercher à assimiler sur l'apparence d'une communauté d'organes, deux institutions qui mènent leur vie juridique sous un climat aussi différent.

Les mêmes raisons rendent tout rapprochement impossible entre la masse et l'association. Aux termes de l'article 1^{er} de la loi du 1^{er} juillet 1901, « l'association est la convention par laquelle deux ou plusieurs personnes mettent en commun, d'une façon permanente, leurs

connaissances ou leur activité, dans un but autre que de partager des bénéfices ». Cela résume en trois lignes toutes les différences : l'association est une convention ; la masse, nous l'avons dit, est soumise à un statut. L'association poursuit un but désintéressé ; la masse, si elle n'a pas pour objet la réalisation de bénéfices, au sens strict de la Cour de Cassation, a certainement encore moins un but altruiste (1).

Devons-nous donc abandonner l'idée de personnalité morale de la masse en dépit des nombreuses similitudes que l'observation nous a montrées entre les personnes morales reconnues, sans le moindre doute, tant en droit privé qu'en droit public, et la masse ?

Avant d'adopter une conclusion purement négative nous devons rechercher si nous ne pouvons déduire des principes généraux en matière de personnalité morale, que la masse constitue l'une d'entre elles.

Pour M. Saleilles (2) et M. Michoud (3), il faut pour reconnaître l'existence d'une personne morale, d'abord, un patrimoine affecté à un certain but. C'est cette affectation d'un patrimoine à la poursuite d'une certaine fin et, comme le dit M. Michoud, l'existence d'un intérêt distinct de ceux personnels à chacune des personnes physiques qui la composent, qui constituent le caractère générique essentiel de la personne morale.

Que la masse possède de la façon la plus marquée un patrimoine différent de ceux des créanciers, cela ne fait

(1) Voir cependant une note de M. THALLER au D. 1896.2.212 ; mais il s'agit moins d'une affirmation que d'une comparaison.

(2) SALEILLES, *De la personnalité juridique*, p. 521 et s.

(3) MICHOD, *De la personnalité morale*, 2^e édition p. TROTABAS, n° 53, page 112.

plus le moindre doute. La loi a profondément séparé, et comme mis en relief à grands coups de burin, un patri-moine indépendant. Qu'elle possède un intérêt distinct des intérêts individuels, cela n'est pas moins certain. L'intérêt bien compris de chacun des créanciers, c'était de se faire payer, fut-ce au détriment des autres ; la masse, elle, ne poursuit qu'un seul but : tirer le meilleur parti des biens du failli pour en répartir proportionnellement le prix.

Puis, il lui faut une organisation qui lui permette de dégager une volonté collective et de défendre cet intérêt. La masse possède de tels organes, nous l'avons vu.

Mais si ces conditions sont nécessaires, elles ne sont cependant pas suffisantes. Tout groupement qui réunirait ces conditions, ne constituerait pas pour cela même une personne morale pour le milieu juridique dans lequel il prend naissance (1) ; il faut en outre suivant l'expression de M. Michoud que « *ce milieu juridique accepte la personnalité* ».

Il faut en d'autres termes que la loi reconnaisse cette personnalité, non pas forcément d'une manière expresse (tel l'article 2 de la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations) mais tout au moins d'une façon tacite, en accordant à ce groupement certains avantages qui ne peuvent d'une façon raisonnable s'expliquer autrement.

Trouvons-nous dans le Code de Commerce ou dans les lois qui sont restées en dehors, certaines prérogatives accordées à la masse qui permettent de penser que

(1) Sic, RAULT, *Traité des parts de fondateurs*, p. 212.

la loi a entendu lui reconnaître la personnalité morale ? Nous pensons pouvoir en citer au moins quatre.

D'abord, et sans vouloir nous y étendre, car nous avons vu que c'était là les caractéristiques de l'indépendance de la masse et de l'existence de ses organes, les articles 462 (syndic), 507 et 509 (concordat), 529 et 530, 531-537 (union) du Code de commerce et les articles 9, 12 et 13, 14 et 15, de la loi du 4 mai 1885, qui permettent à la majorité de lier par ses décisions la minorité.

Puis les articles 490 et 517 C. com. qui, nous l'avons vu (1) confèrent une hypothèque à la masse, mais décident que les créanciers qui voudront, après concordat, en conserver individuellement le bénéfice devront faire transcrire le jugement d'homologation sur le registre des inscriptions. Cette obligation qui n'était pas bien compréhensible avec la théorie du privilège devient au contraire très claire du moment que l'on voit dans la masse une personne morale.

Si l'on supposait que l'hypothèque appartenait en propre à chacun des créanciers, on ne voyait pas l'importance que l'homologation d'un concordat pouvait avoir pour les tiers. Que leur importe après tout que les créanciers exercent individuellement leurs droits ou qu'ils aient un mandataire légal commun.

Si au contraire on décide que l'hypothèque appartient à la masse, personne juridique indépendante, la question devient très importante juridiquement, sinon toujours très utile en pratique. Elle avertira les tiers qui acquierreraient par la suite un droit réel du chef de failli que la masse qui bénéficiait de l'hypothèque a

(1) V. *supra*, chap. I, § 4, p. 27.

cessé d'exister mais que l'hypothèque n'a pas disparu pour autant, et qu'elle continue à vivre, au rang conféré par sa date, dans l'intérêt de chacun des créanciers. Il y a là un cas de subrogation légale des créanciers aux droits de la masse tout à fait analogue à la subrogation conventionnelle que la femme mariée accorde à un créancier ou à un acquéreur de son mari et pour laquelle l'article 9 de la loi du 23 mars 1855 complétée par la loi du 13 février 1889 exige une mesure de publicité : inscription de l'hypothèque mention en marge en cas d'inscription préexistante ou encore transcription de l'acte d'aliénation avec mention de la renonciation.

Ainsi nous pouvons expliquer l'article 517 comme une application d'un principe très général en vertu duquel toute mutation dans la personne des bénéficiaires d'un droit réel doit être portée à la connaissance des tiers par une mesure de publicité. Inscription de l'hypothèque et transcription du jugement d'homologation sont des mesures de publicité exigées dans l'intérêt des tiers qui pourraient acquérir par la suite un immeuble du failli ou se faire constituer une hypothèque. Faute de cette transcription, s'ils ont eu par ailleurs connaissance de la situation, ils penseraient que la masse bénéficiaire de l'hypothèque a cessé d'exister, et devraient en conclure que cette hypothèque a également disparu.

Cette transcription leur indiquera en outre les noms des créanciers figurant au contrat. C'est là sa grande utilité : l'inscription ne donnait naturellement pas les noms des créanciers, mais celui du syndic agent de la masse, la transcription au contraire les nommera tous. Peut-être, eut-il été plus simple d'ordonner une série d'inscriptions individuelles. Mais puisque dans la faillite, c'est

le concordat qui subroge les créanciers de la masse. c'est le jugement l'homologuant qui sera transcrit.

Comment pourrait-on dire en tous cas que masse et créancier ne sont pas deux personnes juridiques différentes ?

Une preuve encore plus éclatante nous semble résulter des articles 532 et 533 du Code de commerce.

Nous avons vu que le syndic peut, pendant la période préparatoire, décider, avec l'autorisation du juge-commissaire, de continuer le commerce du failli. En cas d'ouverture de l'union la continuation de l'exploitation peut encore être utile, si le syndic estime que la vente du fonds sera plus avantageuse que la dispersion séparée de ses éléments, mais que cependant le moment en est mal choisi, et qu'en attendant quelques années la masse en obtiendra un meilleur prix. Toutefois comme cette continuation est insolite, puisque l'union a normalement pour but la réalisation immédiate de tous les biens du failli, la loi n'a pas jugé l'autorisation du juge-commissaire suffisante et a voulu consulter les créanciers ; l'article 532 nous dit en effet :

« Néanmoins les créanciers pourront leur donner mandat pour continuer l'exploitation de l'actif.

« La délibération qui leur confèrera le mandat (aux syndics) en déterminera la durée et l'étendue et fixera les sommes qu'ils pourront garder entre leurs mains à l'effet de pourvoir aux frais et dépenses. Elle ne pourra être prise qu'en présence du juge-commissaire et à la majorité des trois quarts des créanciers en nombre et en sommes. »

Mais comme l'exploitation ne durera qu'un temps limité et que d'autre part tout espoir est perdu de par-

venir à un concordat qui remettrait le failli à la tête de ses affaires, il est infiniment probable que le syndic, en sa qualité de pouvoir exécutif de la masse, jouira d'un crédit encore moins grand que pendant la période préparatoire. Aussi l'article 533 ajoute-t-il :

« Lorsque les opérations des syndics entraîneront des engagements qui excèderaient l'actif de l'union, les créanciers qui auront autorisé les opérations seront seuls tenus personnellement au delà de leur part dans l'actif, mais seulement dans les limites du mandat qu'ils auront donné. Ils contribueront au prorata de leurs créances. »

Et donc les créanciers personnels du failli seront par exception obligés sur leur patrimoine au paiement des dettes contractées par le syndic. Quelle est la nature de cet engagement ? Certains auteurs y ont vu une sorte de commandite (1). Nous ne le pensons pas. En effet outre que le commanditaire est tenu solidairement avec l'associé en nom tandis que les membres de la majorité de la masse ne sont tenus qu'en proportion de leur créance, les mêmes raisons qui nous ont fait repousser l'assimilation de la masse à une société, nous empêchent de rapprocher l'obligation de ces créanciers de celle d'un commanditaire. D'abord, il n'y a pas d'apports. Les créanciers ne versent rien à la masse, et bien mieux, au moment où ils s'engagent, ils sont intimement persuadés qu'ils n'auront jamais rien à lui verser, autrement ils préféreraient procéder à une liquidation immédiate. Leur obligation est donc purement conditionnelle, celle d'un commanditaire est toujours certaine. D'autre part,

(1) THALLER, *Traité du Droit commercial*, n° 2135 ; PERCEROU, *op. cit.*, II, n° 1421, p. 510,

ils ne réaliseront jamais aucun bénéfice, puisqu'ils ne pourront recevoir au mieux que le montant de leur créance.

Si la continuation de son exploitation a donné au fonds de commerce une plus-value qui permette le désintéressement des créanciers et de constater un bénéfice, il sera tout entier attribué au failli. (Sauf en cas de concordat par abandon naturellement). Nous avons vu en effet que le failli n'est pas complètement exproprié par le dessaisissement ; il conserve la jouissance du droit de disposition que la masse exerce en son nom. C'est donc lui le propriétaire qui doit bénéficier du supplément d'actif.

Aussi croyons-nous que l'obligation des créanciers de la majorité constitue plutôt un *cautionnement*. Et, cette obligation imposée par la loi aux créanciers de cautionner la masse nous paraît la preuve la plus certaine de la reconnaissance de sa personnalité morale.

Les créanciers de la majorité avons-nous dit, seront tenus personnellement au paiement des engagements du syndic, mais ils ne le seront qu'autant que le patrimoine de la masse ne suffira pas à régler ses dettes ; cela résulte expressément de l'article 533 C. com. : « lorsque les opérations des syndics entraînent des engagements qui excéderaient l'actif de l'union » ; c'est l'interprétation de la doctrine (1) et de la pratique des syndics. Elle est tellement indiscutée que l'on ne peut trouver aucune décision de jurisprudence à ce sujet. Les créanciers de l'union ont bien le droit de réclamer le complément de leur dû personnellement aux membres de la majorité, mais à

(1) PERCEROU, *op. cit.*, II, n° 1421.

la condition de prouver que l'actif de la masse n'a pas suffi à leur payement. Ils doivent d'abord vendre ses biens avant de pouvoir réclamer quoi que ce soit. Et donc les membres de la majorité jouissent *du bénéfice de discussion*.

Le cas échéant le créancier de l'union pourra-t-il du moins réclamer payement pour le tout à n'importe lequel des membres de la majorité ? L'article 533 ne le lui permet pas davantage : « Ils contribueront au prorata de leurs créances », chacun d'eux ne sera donc obligé qu'en proportion de ses droits dans l'ensemble de la masse.

Et donc ils jouissent aussi *du bénéfice de division*.

Bénéfice de discussion, bénéfice de division, tels sont bien les caractéristiques du cautionnement aux termes des articles 2021 à 2026 C. civ. (1).

Mais le cautionnement est une obligation accessoire, qui exige une obligation principale pour lui servir de soutien.

Cautionné ou commandité (le problème serait en effet le même avec cette explication), quel sera donc cet obligé principal au nom de qui sera continuée l'exploitation ? Le failli lui-même ? Certainement non. Après l'ouverture de l'union il n'est plus rattaché à son fonds que par le plus tenu des liens de droit, et, d'ailleurs elle implique, de la part des créanciers une méfiance qui rendrait inexplicable un cautionnement.

(1) Remarquons que ces bénéfices sont plus étendus que ceux du C. civ., puisque la discussion a lieu de plein droit sans aucune des conditions exigées par les articles 2023 et 2024 C. civ., et que la division s'étend même aux créanciers insolubles, contrairement à l'article 2026.

Les créanciers ? outre qu'ils ne sont pas devenus les propriétaires du fonds, conçoit-on qu'ils puissent se cautionner eux-mêmes ?

En réalité, il ne peut y avoir qu'un seul obligé principal : la masse elle-même.

C'est la masse qui, par son organe délibérant, l'assemblée, a décidé la continuation du commerce, c'est la masse qui, par son organe exécutif, le syndic, passe les conventions qu'exige la décision prise par l'assemblée. C'est donc bien elle qui jouit de la garantie supplémentaire accordée à titre individuel par les créanciers formant la majorité de l'assemblée.

Ainsi donc l'article 533 du Code de commerce, en créant un cautionnement obligatoire au profit de la masse lui reconnaît la personnalité morale. C'est bien là une de ces dispositions du Code qui ne peuvent recevoir aucune explication satisfaisante en dehors de l'idée de la personnalité.

En voulons-nous une dernière preuve ? Nous la trouvons dans la récente loi sur le contrat d'assurance du 13 juillet 1930, dont l'article 18, relatif à la faillite, est ainsi conçu : « En cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'assuré, l'assurance subsiste au *profit de la masse des créanciers* qui devient débitrice envers l'assureur... La *masse* et l'assureur conservent néanmoins le droit... la portion de prime afférente au temps pendant lequel l'assurance ne couvre plus le risque sera restituée à la *masse*. »

Sans vouloir attacher une trop grande importance à un argument de texte, nous constatons que le législateur a voulu expressément traiter la masse comme une personne juridique indépendante. S'il avait pensé que l'as-

surance continuait à courir au profit du failli ou bien au profit des créanciers, ou encore s'il n'avait pas voulu prendre parti, il aurait aussi bien pu dire : « L'assurance subsiste au profit du syndic ès qualités, etc... ». Son intention résulte des travaux préparatoires de la loi et c'est aussi l'interprétation des premiers commentateurs, et notamment de MM. Ancey et Sicot (1). N'est-il pas curieux d'ailleurs de rapprocher le texte de cet article de celui de l'article 533 qui parle de « l'actif de l'union », la considérant ainsi comme une entité indépendante. Il semble bien que le législateur de 1838, à la différence de celui de 1930, n'ait pas envisagé cet aspect de la question; mais il n'en est que plus probant de constater que l'individualisation juridique de la masse s'est en quelque sorte imposée instinctivement à lui.

Nous voyons que le législateur a sans aucun doute reconnu la personnalité morale à la masse des créanciers dans la faillite, pouvons-nous en conclure cependant que cette dernière possède une personnalité juridique complète, qu'elle pourra se comporter en toutes circonstances comme un véritable sujet de droit ?

M. Henri Mazeaud (2) écrit à ce sujet : « Reste à vérifier si elle n'est pas une personnalité juridique diminuée, s'il ne faut pas s'en tenir à l'organisation embryonnaire découlant du fait qu'elle s'oblige contractuellement, s'il ne faut pas déclarer qu'elle ne joue un rôle sur la scène juridique, qu'elle n'est « persona » que si elle veut bien

(1) ANCEY et SICOT, *Commentaires de la loi du 13 juill. 1930*, p. 94.

(2) HENRI MAZEAUD, *Les obligations extracontractuelles de la masse dans la faillite* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1926, p. 130).

y monter. Allons nous au contraire constater qu'elle vit une vie juridique assez intense, qu'elle est une personne juridique assez complète pour être l'égale de toutes les autres, pour s'obliger non seulement contractuellement, mais aussi extracontractuellement ? »

En effet, la personnalité morale n'est pas un bloc d'aptitudes juridiques que la loi pourrait seulement accorder ou refuser. Elle comprend bien des nuances, et on peut remarquer que chaque catégorie de personnes morales a une capacité plus ou moins étendue, et qu'elle est plus ou moins dégagée des personnes physiques qui la composent (1). C'est ainsi qu'une hérédité vacante, qu'une communauté, constituent des personnes morales embryonnaires ne jouissant de l'individualité juridique que dans des limites strictement fixées. Puis en passant à la catégorie supérieure, nous rencontrons la loi du 1^{er} juillet 1901 sur les associations, qui leur accorde la personnalité en trois étapes :

D'abord, les associations non déclarées, simple groupement d'individus, sans personnalité juridique.

Puis les associations simplement déclarées à qui elle accorde une personnalité morale restreinte quoique plus étendue que celle de l'hérédité vacante ou de la communauté.

Et enfin les associations reconnues d'utilité publique à qui elle confère une personnalité aussi étendue que celle des personnes physiques.

Les sociétés nous montrent que l'individualité des personnes morales est aussi sujette à degrés :

(1) En ce sens : PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, I, n^{os} 6 et 85 à 88. Et Jean CARBONNIER, *Le Régime matrimonial*, Thèse Bordeaux, 1932, pp. 116 et 336 et suiv.

Les sociétés commerciales de personnes et les sociétés civiles ne sont pas complètement détachées des êtres physiques qui les constituent, puisque les associés sont responsables des dettes sociales sur leur patrimoine personnel. Les sociétés anonymes, les sociétés à responsabilité limitée, formes les plus évoluées du contrat de société, ne mettent au contraire jamais leurs dettes à la charge des associés.

Cette raison nous conduit à reconnaître une personnalité complète à la masse. Il résulte en effet, nous l'avons vu, de l'article 533 du Code de commerce, que les créanciers du failli ne sont jamais tenus des dettes de la masse, sauf dans le cas exceptionnel qu'elle prévoit, et à condition qu'ils les acceptent. La masse s'apparente donc aux personnes morales les plus évoluées, et dans ces conditions, elle ne saurait jouir que d'une capacité juridique complète. Nous pouvons en conclure que la masse a les mêmes aptitudes juridiques qu'une personne physique sous la seule réserve, d'ailleurs commune à toutes les personnes morales, de se limiter à la réalisation du but auquel la loi a affecté son patrimoine. C'est le principe de la spécialité des personnes morales (1).

Cette reconnaissance d'une personnalité morale complète à la masse ne doit pas nous surprendre. Elle est la conséquence d'une longue évolution du Droit qui, de plus en plus rattache le patrimoine au but poursuivi, beaucoup plus qu'à la personne physique qui en est le titulaire momentané. M. Meynial fait remarquer, dans une note publiée sous l'arrêt de la Chambres des Requêtes

(1) En ce sens : PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, I, n° 86 ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, III, n° 918.

tes qui a reconnu la personnalité morale aux sociétés civiles (1) : « qu'aussi bien la tendance de la législation depuis longtemps déjà est-elle orientée vers la spécialisation du gage, les affectations de biens, la création d'universalités indépendantes des personnes physiques qui en sont propriétaires. On dirait que, de plus en plus, depuis le droit romain, l'obligation se sépare de la personne obligée, pour grever plutôt la chose possédée que le possesseur, qu'elle se « réalise » lentement. »

La personnalité de la masse n'est que l'application à la faillite de ce principe, dont la loi a déjà fait maints usages, chaque fois que dans la même zone intermédiaire entre l'activité désintéressée et la recherche d'un profit, il lui est apparu nécessaire de grouper, bon gré mal gré, dans un but de protection privée, mais aussi de défense de l'intérêt général, un certain nombre d'intérêts parallèles.

Nous pouvons citer, d'abord, en droit public, la loi du 21 juin 1865, complétée par la loi du 22 décembre 1888, sur les associations syndicales de propriétaires. Quand des travaux de voirie ou d'assainissement sont utiles pour protéger des immeubles contre un danger qui les menace, ou simplement pour leur apporter des améliorations, cette loi permet aux propriétaires intéressés de grouper, pour y procéder à frais communs. Mais, si une minorité d'entre eux se refuse à participer aux travaux, la loi les verse d'autorité dans l'association ainsi constituée, pourvu que les membres volontaires représentent, tant au point de vue du nombre des propriétaires

(1) Req., 23 fév. 1891, S. 1892.1.73 (note MEYNAL), et D. 1891.1.337.

que de la superficie des terrains intéressés, une majorité variable suivant la nature des travaux envisagés.

Bien plus quand il s'agit de travaux indispensables (entretien d'une voie privée, assèchements de marais, travaux de défense, lutte contre les sauterelles en Algérie), l'article 26 de cette loi de 1865 prévoit que les propriétaires visés seront d'autorité groupés en associations syndicales sur l'initiative de l'autorité administrative compétente.

Ces associations, qu'elles soient simplement autorisées ou obligatoires, jouissent de la personnalité morale ; la loi la leur reconnaît expressément. Elles possèdent des assemblées dans lesquelles la décision de la majorité lie la minorité. Les membres de la minorité ne pourraient quitter l'association qu'en délaissant la propriété, quand ce droit leur est reconnu (ils sont, dans ce cas, traités comme des propriétaires expropriés au profit de l'association), ou en la cédant. Le nouveau propriétaire est alors de plein droit membre de l'association. Comme le note M. Berthélémy : « *C'est la propriété qui est associée, plutôt que le propriétaire* » (1).

L'analogie avec la situation de la masse est frappante. En cas de faillite aussi, c'est la créance qui est associée beaucoup plus que le créancier. La raison d'être de ces groupements est d'ailleurs la même : l'intérêt général, qui exige que chaque créancier subisse une perte proportionnelle plutôt que de courir la chance d'un paiement complet, ou le risque d'une perte intégrale, comme sur le plan administratif, il exige l'exécution de certains travaux d'intérêt mi-privé, mi-public.

(1) BERTHÉLÉMY, *Traité élémentaire de Droit administratif*, p. 747.

Dans la même zone intermédiaire entre le droit public et le droit privé, nous trouvons d'abord les fondations dont le statut est aujourd'hui bien défini par la doctrine et la jurisprudence (1). Les fondations, comme la masse, sont des personnes créées non par les participants, comme les sociétés, mais par une volonté qui leur est extérieure, celle du donateur.

Il y a toutefois une différence essentielle entre les deux : la masse bénéficie de plein droit de la personnalité juridique complète, la fondation ne l'acquiert que par la reconnaissance d'utilité publique.

Puis nous rencontrons la loi du 21 mars 1884 sur les syndicats professionnels ; et en pur droit privé, des lois, particulièrement nombreuses ces dernières années, qui ont accordé la personnalité morale à d'autres groupements intermédiaires entre l'activité désintéressée et la recherche d'un bénéfice ; ce sont :

La loi du 19 décembre 1907 qui la reconnaît aux sociétés de capitalisation.

La loi du 3 juillet 1913 qui la reconnaît aux sociétés d'épargne.

La loi du 2 juillet 1919 sur le *règlement transactionnel* qui groupait les obligataires d'une société en difficultés, s'ils ne l'étaient déjà, dans une masse indépendante de celle formée par les créanciers ordinaires. Ce groupement d'obligataires était constitué selon les mêmes modalités que la masse et l'article 29 de la loi lui conférait formellement la personnalité morale en le qualifiant de « *société civile* ». (Nous savons que depuis

(1) COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, n^{os} 911 et suiv. ; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, I, n^o 78 et V, n^{os} 905 et s.

un célèbre arrêt de la Cour de cassation (1), ces sociétés sont reconnues « personnes morales »). Telle est aussi l'opinion des interprètes de cette loi, et notamment de M. Albert Buisson (2) et de M. Georges Marais (3).

Nous citerons enfin et surtout la loi du 23 janvier 1929 sur les parts de fondateurs : cette loi réunit d'autorité, en dehors de tout acte de volonté, les porteurs de parts en un groupement analogue à la masse de la faillite, délibérant à la majorité, agissant pour la défense de ses intérêts, par l'organe d'un représentant choisi par l'assemblée. Que ce groupement constitue une personne morale, à défaut d'un texte exprès, cela résulte des travaux préparatoires de la loi (4). C'est aussi l'opinion des auteurs qui ont consacré des travaux à cette loi, et notamment de MM. Piot (5), Voirin (6), Rault (7), et Jacques Copper-Royer (8).

C'est toujours cette idée de l'affectation d'un patrimoine individualisé à un groupe d'intérêts déterminés qui a inspiré la Cour de Cassation dans ses arrêts du 23 février 1891, reconnaissant la personnalité morale

(1) Req., 23 fév. 1891, D. 1891.1.337, S. 1892.1.73 (note MEYNIAL), v. *supra*, p. 79.

(2) Albert BUISSON, *Les groupements d'obligations*, pp. 65 et s.

(3) Georges MARAIS, *Le règlement transactionnel entre les sociétés commerciales et leurs obligataires*, p. 89.

(4) Rapport de M. CHASTENET (*Journ. Offic.* du 14 avr. 1923, p. 18).

(5) PIOT, *Rec. général des lois*, 1929.1.129.

(6) VOIRIN, *Lois nouvelles*, 1929.1.127.

(7) RAULT, *Traité des parts de fondateur*, pp. 212 et s.

(8) Jacques COPPER-ROYER, *Le régime des parts bénéficiaires*, thèse, Paris, 1931, p. 193 et s.

aux sociétés civiles, et du 27 juillet 1929 (1), la reconnaissant aux groupements volontaires d'obligataires.

Elle a incité un auteur récent à reconnaître une personnalité juridique au moins partielle, à la communauté de biens entre époux, et aussi, quoique dans une mesure encore plus réduite, aux ressources que chaque époux, séparé de biens, est tenu d'affecter aux besoins du ménage (2).

§ 4. — *Conséquence principale de la personnalité morale de la masse*

Patrimoine affecté à un but ; volonté indépendante dégagée par les délibérations de son assemblée ; organe exécutif ; organe de contrôle ; reconnaissance implicite de la loi, la masse présente toutes les conditions que nous exigeons d'elle avant de lui reconnaître la personnalité morale.

Par l'étude des articles du Code de commerce qui l'organise, et celle des lois postérieures qui régissent des groupements analogues d'intérêts, nous croyons avoir démontré la personnalité morale de la masse. Nous nous y sommes arrêtés longuement parce que nous y voyons l'*idée-force* qui domine toute la théorie des faillites. Sans elle, la loi est obscure, fragmentaire, incertaine, et parfois même incohérente ; y fait-on appel ? Tout s'éclaircit, s'ordonne, apparaît logique, simple, juridique.

(1) Civ., 27 juill. 1929, D. 1929.1.143.

(2) Jean CARBONNIER, *Le régime matrimonial*, thèse précitée, Bordeaux, 1932, p. 116 et s. (séparation des biens), et 336 et s. (communauté).

Quelles sont donc les conséquences pratiques de la personnalité morale de la masse ?

Elles sont résumées par une décision du Tribunal de commerce de la Seine du 10 janvier 1907 (1) qui peut être considérée comme la « charte » même de la théorie de la personnalité morale de la masse.

A propos des difficultés que font naître en cas de faillite de l'assuré, les polices d'assurances (et que nous retrouverons d'autre part), le Tribunal a jugé que :

« Le syndic, s'il représente le failli, représente aussi et surtout la masse des créanciers, personnalité morale propre, qui est en justice, et a souvent des intérêts contraires à ceux du failli, qu'il est constant que cette *personne morale* ne peut être obligée que par *contrat*, *quasi-contrat*, *délit* ou *quasi-délit*. »

Cette décision de principe sur les sources des obligations de la masse est complétée, quant aux modalités de la répartition, par un autre jugement du Tribunal civil de Bordeaux du 17 juillet 1912 (2) à propos d'un incident de saisie, non moins caractéristique et particulièrement sévère pour les plaideurs qui prétendaient se réclamer du simple jeu des privilèges.

« Attendu qu'il a été longuement discuté à l'audience sur la question du privilège, sur celle de savoir si la créance était née de la liquidation judiciaire et sur l'application des articles 453 et 551, § 2 C. com., et de l'article 5 de la loi de 1889 sur la liquidation judiciaire ;

(1) Trib. com. Seine, 10 janv. 1907 (*Journ. Faill.*, 1907, p. 418 ; *La Loi* du 1^{er} mai 1907).

(2) Trib. civ. Bordeaux, 17 juill. 1912 (*Journ. arrêts Bordeaux*, 1913, 3, p. 42).

que ces discussions étaient particulièrement oiseuses et sans raison d'être ; que les parties ont perdu de vue qu'il s'agit d'un créancier de la masse, puisque sa créance est née après la déclaration de la liquidation judiciaire et non d'un créancier dans la masse, suivant des expressions peu explicites par elles-mêmes, mais dont la signification est depuis longtemps bien précisée par l'usage qui les a consacrées. Que les droits des créanciers de la masse sont ceux d'un créancier ordinaire contre son débiteur ; que c'est ainsi que Thaller dit, dans son cours de droit commercial (p. 334) « que les personnes qui ont traité avec le syndic disposent pour leur remboursement d'un droit de poursuite sur toutes les valeurs de l'actif. Ces personnes forment des créanciers qui priment ceux qui avaient fait crédit au débiteur avant sa chute ; la masse est leur obligée... »

« ...Celle-ci ne pourra pas procéder à des répartitions entre ses membres aussi longtemps que les nouveaux créanciers n'auront pas reçu satisfaction. L'actif de la masse répond par préférence des engagements de diverses natures contractés par le syndic, que c'est par application de ces principes... »

Nous touchons à l'effet principal de la personnalité morale de la masse.

La masse du moment qu'elle constitue une personne morale pourra, comme tous les autres groupements personifiés, s'obliger sur son patrimoine. Comme la société anonyme par l'organe de son administrateur-délégué, elle pourra, par l'intermédiaire du syndic, conclure tous les contrats qui seront nécessaires à la bonne marche de la faillite. Sujet de droit, elle est aussi soumise à toutes

les autres sources d'obligation que reconnaît la loi : quasi-contrats, délits ou quasi-délits.

Ayant contracté avec un être juridique indépendant assez semblable, tout au moins quant à sa structure, à une société anonyme, les cocontractants du syndic seront les créanciers de la masse de la même façon qu'ils pourraient l'être d'une société. Pour obtenir leur paiement, ils auront sur l'actif de la masse, comme sur le capital d'une société, indépendamment, bien entendu, de toutes les sûretés particulières qui pourraient leur être reconnues par la loi ou accordées par le syndic, le droit général de gage de l'article 2093 C. civ.

Et sur les sommes obtenues par le syndic en exerçant les droits que la masse possède sur les biens du failli, les créanciers de la masse qui pourraient d'ailleurs, en cas de négligence du syndic, user de l'action directe prévue par l'article 1166 C. civ., n'auront pas à craindre le concours des créanciers du failli qui ont fait à la masse apport de l'exercice de leurs droits. Sans doute en échange de leur apport ces derniers ont-ils bien acquis aussi contre la masse un certain droit de créance mais d'une nature profondément différente du droit des créanciers postérieurs à la faillite. Cette différence de nature est exactement semblable à celle qui sépare le droit de l'actionnaire de celui de l'obligataire. Car c'est surtout dans l'analogie des rapports, entre créanciers de la masse et créanciers du failli au cours de la procédure de faillite, et actionnaires et obligataires dans le contrat de société, qu'apparaît la ressemblance entre ces deux groupements.

Le créancier de la société et le créancier de la masse sont des créanciers simples, Tout au plus leur droit est-il

parfois affecté d'un terme, mais son existence ne fait aucun doute.

L'actionnaire de la société, le créancier du failli, appelé le plus souvent « créancier dans la masse » en raison de l'apport qu'il lui fait de ses droits, et qu'on peut regarder comme un véritable associé dans le groupement, ont contre la personne morale qu'ils ont contribué à former, société ou masse, un complexe de droits qu'on peut analyser en plusieurs éléments :

1° D'abord l'exercice d'une fonction ; les uns et les autres constitués en corps doivent décider de l'avenir de leur groupement. La notion de fonction, propre au droit public, est tellement inséparable de celle de personnalité morale qu'elle est passée à sa suite du Droit public dans le Droit privé. Cela est bien naturel puisque précisément cette idée de personnalité a pris naissance et s'est développée dans le domaine du Droit public.

2° Un droit de créance conditionnel sur les bénéfices réalisés par le groupement : la condition étant évidemment l'existence de bénéfices. C'est là un droit particulier à la société qui ne peut se rencontrer, ni dans les groupements à but désintéressé, ni dans les groupements de la zone neutre, telle la masse ; nous avons vu précédemment que c'est la raison qui nous a empêché d'assimiler la masse à la société.

3° Un droit doublement conditionnel à la répartition des biens du groupement, capital pour la société, actif pour la masse, les deux conditions étant la dissolution du groupement, et l'existence d'un actif net, une fois toutes les dettes payées.

Ainsi obligataires et actionnaires, créanciers de la masse et créanciers dans la masse ont tous deux un droit de

créance sur le groupement ; mais tandis que le droit des premiers est pur et simple celui des seconds est affecté d'une condition suspensive et cette condition est précisément l'existence du droit des premiers. Ces deux catégories de créanciers, ne pourront jamais concourir à égalité sur les mêmes biens pour l'excellente raison qu'ils ne pourront jamais coexister. Pour que le droit des seconds viennent à naître, il faut nécessairement que celui des premiers ait cessé de vivre.

Quant à l'inclusion d'une telle condition dans le droit des associés, elle résulte de la notion même de patrimoine ; le patrimoine d'un groupement ou d'un particulier quelqu'il soit, ce n'est pas la valeur des biens qu'il possède au moment de sa disparition, mais ce qu'il en restera après paiement des créanciers. Créance et dette sont les deux faces d'un même patrimoine. On ne peut répartir ou transmettre que leur résultante ; c'est l'application du vieil adage latin : « *Bona non intelleguntur nisi deducto aere alieno* » ou encore en matière de succession : « *nemo liberalis, nisi liberatus*. »

Pour nous résumer, nous dirons que les créanciers du groupement ont droit au *paiement*, tandis que les associés dans la masse et les actionnaires de la Société anonyme, ont droit au *partage*.

— *Associés, Créanciers, droit au partage, droit au paiement.* — Tels sont les deux termes de l'alternative que présentera la répartition des deniers de la faillite. Ils nous expliquent par le simple jeu des principes ordinaires du Droit, sans chercher à étendre les privilèges au delà de leur champ d'application, comment et pourquoi les personnes qui auront traité avec le syndic, ou bien auront procuré, volontairement ou non, un bénéfice à la masse

ou bien encore auront subi du fait de la faillite un préjudice imputable à la masse, pourront se faire payer ou indemniser sur les biens de la faillite par préférence aux créanciers personnels du failli. Ils nous permettront par la suite, en adaptant à la faillite les règles de droit régissant les sociétés, de résoudre d'une façon satisfaisante toutes les difficultés que feront naître ces obligations. Désormais, le syndic qui voudra traiter au nom de la masse jouira de tout le crédit nécessaire. Pourquoi les créanciers du failli, auxquels il demandera de continuer leurs prestations ou leurs services, ou bien les tiers avec qui il entrera en rapports, auraient-ils plus de crainte à traiter avec lui qu'avec le représentant de n'importe quelle autre personne morale, ou de n'importe quelle société. Du moment que le syndic agit dans la limite de ses pouvoirs, les tiers peuvent savoir très facilement quelle garantie il leur offre. Aucune surprise même n'est à craindre sinon celle de voir le capital de la masse enrichi par l'annulation d'une opération du failli.

C'est de cette distinction entre les deux catégories de créanciers qu'est tirée la double expression qui les désigne communément : *créanciers de la masse et créanciers dans la masse*. Nous les emploierons couramment maintenant que nous les avons expliquées et justifiées ; cependant en dépit de l'allitération qui souligne leur opposition, nous préférons conserver aux seconds l'appellation de *créanciers du failli*, qui fait ressortir la différence de date de la naissance de leur droit et est encore le meilleur critérium pour les distinguer et définir parfaitement leur situation respective. Les créanciers postérieurs à la faillite bénéficieront, selon l'expression de M. le Président Piketty « de la garantie de masse ».

La jurisprudence ne met plus en doute depuis longtemps la personnalité morale de la masse ni le droit de préférence des créanciers de celle-ci qui en est la conséquence nécessaire. Nous pourrions citer un certain nombre de décisions de principe, et un nombre bien plus grand encore d'arrêts qui s'en réclament, depuis 1850 jusqu'à 1934, expressément ou implicitement, à propos de chacune des sources des obligations qui peuvent incomber à la masse.

Nous nous bornerons dans ce chapitre à citer les premières nous réservant de reproduire les autres dans la seconde partie de notre étude.

Le premier arrêt de principe postérieur à celui de la Cour d'Agen et à ceux de la Chambre des Requêtes que nous avons cités, a été rendu par la Cour de Bourges (1). Le sieur Goulard étant mort peu de jours après sa mise en faillite, sa veuve et ses enfants confondirent volontairement leurs intérêts personnels avec ceux de la communauté et de la succession, dans l'espoir de confondre les deux passifs. Dans le procès qui suivit, le syndic obtint l'ouverture d'une enquête au cours de laquelle il fit entendre différents créanciers du failli. Les consorts G... reprochèrent alors ces témoins prétendant qu'ils étaient parties au procès. La Cour se prononça dans les termes suivants :

« La Cour... considérant que ces témoins sont reprochés par les consorts G... comme étant créanciers de la faillite de G... et comme ayant un intérêt matériel et direct au procès.

(1) Bourges, 11 déc. 1889, *Journ. Faill.*, 1890, p. 137,

« Considérant que le syndic d'une faillite, quand il plaide pour le recouvrement de l'actif *ne plaide pas au nom de chacun des créanciers de cette faillite*, dont les intérêts peuvent d'ailleurs lui être opposés.

« Qu'il est le représentant d'un *être moral, la masse*, en même temps que du failli, qu'il agit, non en vertu de mandats individuels, mais en vertu d'un mandat général qu'il tient de justice et qui est déterminé par la loi... »

Le 29 novembre 1895, un jugement du Tribunal civil d'Alger (1) fit appel à la même idée dans une espèce toute différente. Les malversations de son syndic avaient abouti à faire condamner un failli pour banqueroute frauduleuse. Son innocence reconnue, il assigna le syndic en dommages-intérêts devant le Tribunal civil d'Alger ; ce dernier se déclara incompétent en ces termes :

« Attendu que l'article 635 C. com. place dans les attributions du Tribunal de commerce, sans s'attacher au caractère civil ou commercial du débat engagé avec *l'être moral* de la faillite, toute action née du fait même de la faillite ou se rattachant à son administration ou qui a sa cause dans cet événement. »

Nous rappelons enfin les deux jugements du Tribunal de commerce de la Seine du 10 janvier 1907 et du Tribunal civil de Bordeaux du 17 juillet 1912 que nous avons déjà rapportés :

A la suite de ces décisions de principe et des nombreux autres arrêts rendus avant et depuis, la question semblait définitivement tranchée en jurisprudence (2),

(1) Trib. civ. d'Alger, 29 nov. 1895, *La Loi* du 14 janv. 1896.

(2) V. notamment : Req., 13 juin 1928, S. 1928,1.365, D. H. 1928, p. 400, cité *infra*.

comme en doctrine ou dans la pratique ; cependant ces dernières années un arrêt de la Cour de Nancy vint tout remettre en question.

Cette Cour décida « que le paiement de certaines des créances du sieur P... serait effectué au marc le franc, ou selon la loi du Concordat, pour le motif unique que ces créances étaient chirographaires par leur nature et que la loi seule a le pouvoir de créer des privilèges ».

C'était non seulement nier la personnalité morale de la masse et le droit de préférence qui en découle au profit de ses propres créanciers, mais refuser aux créanciers postérieurs à la faillite tout droit de préférence, par une interprétation exacte et donc restrictive de l'idée de privilège. Autant valait rayer du Code de commerce l'article 470.

Sur pourvoi, la Chambre civile, par son arrêt du 31 janvier 1933 (1) affirma implicitement la personnalité morale de la masse en cassant l'arrêt, mais pour défaut de motifs : « Attendu que... en statuant ainsi, sans rechercher s'il existait une obligation d'origine contractuelle assumée valablement par la masse elle-même envers les consorts G..., la Cour d'appel n'a pas motivé le rejet par elle prononcé des conclusions de ces derniers et qu'elle a en conséquence violé le texte susvisé... »

La Cour de cassation a donc, par cet arrêt, d'autant plus caractéristique qu'il est de principe, maintenu la théorie des créances contre la masse qu'elle avait reconnue dans de très nombreuses décisions précédentes.

Cet arrêt semble au premier abord ne pas préjuger de la décision à intervenir et ne reprocher à l'arrêt attaqué

(1) Cassation, Ch. civ., 31 janv. 1933, S. 1933.1.125.

que le défaut de motifs sans aborder le fonds du débat. Cette apparence ne doit pas nous abuser. La Cour de Nancy avait nettement, bien que d'une manière implicite, justifié le rejet des conclusions des appelans en portant le débat sur le terrain du privilège. Elle ne parlait pas des créanciers de la masse pour l'excellente raison qu'elle ne voit pas de masse indépendante, ni par conséquent de créanciers de celle-ci. La Chambre civile ne s'y est pas trompée, et il ne serait pas difficile de citer d'autres arrêts qu'elle a refusé de casser pour défaut de motifs, alors que les justifications de la décision étaient beaucoup moins nettes que dans celui-ci. Elle n'a pu faire connaître son opinion quant au fond que sous l'apparence d'une question de forme, par la voie détournée de la cassation pour défaut de motifs, parce que les moyens invoqués à l'appui du pourvoi ne lui ouvraient pas d'autre voie, mais son intention n'en est pas moins manifeste.

Comme la jurisprudence, les commercialistes modernes reconnaissent unanimement la personnalité morale de la masse avec toutes ses conséquences. M. Thaller, qui la combattit longtemps (1), devait finir par s'y rallier. Dans son commentaire d'un jugement rendu par le Tribunal civil de Châteauroux le 12 mai 1895 (2), il écrivait :

*« Mais il est permis aujourd'hui de faire un pas de
« plus, la faillite est une association légale ou judiciaire
« de créanciers liquidant ensemble le patrimoine du débi-
« teur embarrassé. Dans cette association ils mettent en
« commun le patrimoine de leur débiteur sur lequel la
« loi leur donnait un gage (article 2092) chacun fait un*

(1) V. *supra*, p. 48.

(2) Trib. civ. Châteauroux, 12 mai 1895, D. 1896.2.209.

« apport, chacun entre en participation suivant le mon-
« tant de sa créance : La vérification des titres tend à
« déterminer, à préciser en chiffres, la somme par
« laquelle ces divers associés concourront au résultat de
« la liquidation (Kohler-Lerhrbuch der Konkursrecht,
« pp. 273 et suiv.). »

« Cette association ne poursuivant point de bénéfice
« reste en dehors du cadre des sociétés véritables (art. 1832
« C. civ.). Il est cependant permis de la considérer
« comme une *personne morale* avec des créances et des
« dettes. Le syndic plaide ès qualités sans désigner per-
« sonne autre que lui dans les exploits, ce qui est déjà
« un premier indice. D'autre part, la jurisprudence la
« plus récente reconnaît aux *sociétés civiles* la person-
« nalité juridique. Or, la même solution se justifie mieux
« encore à l'égard de l'association constituée par la
« masse qui est une création de la loi et mérite d'être
« pourvu de tous les attributs nécessaires à son fonction-
« nement.

« Ces considérations seraient de nature à jeter un cer-
« tain jour sur les dettes de la masse en général, ainsi
« que sur les conditions auxquelles elles doivent répon-
« dre pour donner lieu à un paiement de priorité. La
« masse est tenue par préférence à elle-même à des enga-
« gements judiciaires ou non, là où les créanciers d'une
« société devraient être primés par les créanciers de la
« raison sociale. Lorsque la masse contracte des opéra-
« tions nouvelles, elle use de son crédit et doit laisser
« la contre-partie se rembourser de préférence.

« Lorsqu'elle figure dans un acte se rapportant à la
« liquidation du passif, c'est à la constitution même de
« ses éléments intérieurs qu'elle procède »,

Enfin, dans son *Traité élémentaire de Droit commercial* (2^e édition, 1900, n° 1674), M. Thaller écrit :

« *La personnalité morale de la masse.* — Les engagements de la masse vont nous conduire à une autre conséquence :

« On ne peut guère la révoquer en doute aujourd'hui à la suite des travaux nombreux qui ont été publiés sur la nature de la personnalité juridique. Cette conséquence, c'est que *la masse*, la concentration des créanciers groupés afin de liquider le gage commun, *forme une véritable personne morale*. Les engagements qu'elle traite par l'intermédiaire du syndic reposent sur le groupe lui-même, envisagé dans son unité.

« Le syndic est en justice soit comme demandeur, soit comme défendeur au nom de la masse. Il n'a pas à décliner dans les actes de procédure les noms de tous les créanciers, ce qui serait d'ailleurs impossible. La jurisprudence reconnaît actuellement la personnalité des sociétés, même quand elles sont civiles. »

Des auteurs plus récents : MM. Lyon-Caen et Renault, qui avaient repoussé cette notion dans la première édition de leur traité, devaient cependant la reconnaître dans les éditions successives qu'ils en ont publiées (1). MM. Percerou (2), Lacour et Bouteron (3), Wahl (4), Gombeaux (5), en sont également partisans.

(1) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n°s 555 et suivants.

(2) PERCEROU, *op. cit.*, II, n°s 1138 et suivants.

(3) LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, n°s 1861 et suivants.

(4) WHAL, *op. cit.*, n°s 2348 et suiv. (Cet auteur est cependant revenu à l'idée du privilège, conf. *supra*, p. 19).

(5) GOMBEAUX, *Les créanciers de la masse en faillite* (*Annales de Droit commercial*, 1907, pp. 417 et suivantes).

Nous pouvons donc aujourd'hui considérer la personnalité de la masse comme un principe de droit positif français. Si le droit de préférence des créanciers de la masse sur l'actif de celle-ci est la conséquence principale de cette reconnaissance, elle n'en est cependant pas la seule.

§ 5. — *Conséquences secondaires
de la personnalité morale*

Le créancier postérieur à la faillite n'a pas le failli pour débiteur, nous avons expliqué pourquoi; mais la masse. Aucune des raisons qui oblige la loi à soumettre le créancier du failli à une procédure exceptionnelle, ne le concerne. Son débiteur peut, par hypothèse, faire face à ses engagements. L'actif de la masse doit toujours être supérieur aux obligations qu'elle assume. Le syndic qui, sciemment, prendrait des engagements au delà des ressources de la masse sans en avertir le tiers contractant, engagerait sa responsabilité personnelle (1). Qu'importe, dans ces conditions, que les créanciers agissent avec plus ou moins de diligence ou d'énergie, puisqu'il y a de très grandes chances pour qu'ils soient tous payés.

Aucune collusion avec le failli n'est davantage à craindre. Outre que celui-ci n'est pas personnellement débiteur des nouvelles charges, le créancier aura nécessairement le syndic pour cocontractant, ou pour adversaire si la dette résulte d'une décision de justice. Il n'y a donc pas de raison d'infliger au créancier de la masse la procédure du concours, ni le moindre retard pour obtenir son paiement. La jurisprudence en a déjà tiré des conséquences importantes.

(1) Cf. *infra*, deuxième partie, p. 356.

A) *Pas de suspension du droit individuel de poursuite.* — Le droit de poursuite du créancier de la masse n'est pas suspendu, celui-ci peut donc demander à la justice de reconnaître ses droits et en poursuivre l'exécution sur l'actif de la faillite sans attendre la procédure de distribution. Il y d'autant moins de raison pour le faire attendre jusqu'à ce moment, que le premier effet du paiement des créanciers de la masse sera peut-être de supprimer toute distribution.

Un jugement du Tribunal civil de la Seine du 23 janvier 1884 (1) reconnut pour la première fois, en principe, que les créanciers de la masse avaient le droit de saisir-arrêter entre les mains d'un débiteur du failli les sommes qui devaient être payées à la masse, tout en le refusant à la demanderesse, dans l'espèce envisagée, parce qu'un arrêt de la Cour de Paris, passé en force de chose jugée, lui avait dénié cette qualité de créancier de la masse.

Quelques années plus tard, un autre jugement du Tribunal civil de Lyon du 18 août 1890 (2), reconnut également la validité d'une saisie-arrêt opérée entre les mains du Trésorier-payeur général du Rhône, représentant la Caisse des Dépôts et Consignations, où le syndic avait déposé, conformément à la loi, les sommes revenant à la faillite. Nous pouvons citer aussi un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 31 décembre 1898 (3).

Un autre jugement du Tribunal civil de Bordeaux du 10 mai 1899 (4) est encore plus net ; les faits étaient les suivants :

(1) Trib. civ. Seine, 23 janv. 1884, *Journ. Faill.*, 1884, p. 16.

(2) Trib. civ. Lyon, 18 août 1890, *Journ. Faill.*, 1891, p. 224.

(3) Rouen, 31 déc. 1898 (motifs), D. 1899.2.436.

(4) Trib. civ. Bordeaux, 10 mai 1899, *Journ. Faill.*, 1899, p. 476

Le sieur Sestrieu avait obtenu contre le sieur Negrié, syndic de la faillite Medina, condamnation ès qualités d'agent de la masse, à lui payer la somme de 19.885 francs 65. En vertu de ce jugement, S... fit saisie-arrêt auprès de la Caisse des Dépôts et Consignations sur les fonds déposés par N... Ce dernier demanda alors au tribunal de rejeter la demande en validité pour le motif que S... ne pouvait que faire valoir un privilège au moment de la distribution de l'actif (Il ne précisait d'ailleurs pas lequel ; sans doute voulait-il dire un droit de préférence).

Le tribunal jugea « qu'aucun texte de loi ni qu'aucun principe juridique ne permettait d'accueillir ce moyen ».

« Que par suite les sommes qui, dépendant de l'actif du failli, *forment en quelque sorte le patrimoine collectif de la masse des créanciers* et constituent ainsi le gage de la dette de cette masse, sont soumises à la loi commune de la saisissabilité ».

« Qu'il ne saurait s'agir ici d'un privilège au profit de G... contre Medina, celui-ci n'étant pas à proprement parler débiteur de celui-là. Et que cela étant, il n'y aurait manifestement pas lieu, en dehors de toute obligation ou concours avec d'autres créanciers de la faillite, d'imposer l'attente d'une répartition de deniers, qui, précisément, serait rendue impossible par l'attribution au saisissant de l'objet saisi-arrêté... »

Nous pouvons enfin rappeler un autre jugement du Tribunal civil de Bordeaux, que nous avons déjà signalé, du 17 juillet 1912 (1). Cette jurisprudence est

(1) Trib. civ. Bordeaux, 17 juil. 1912, *Journ. arrêts Bordeaux* 1913.3.42. Cf. *supra*, p. 84.

donc absolument constante. On ne peut citer, en sens contraire, qu'un seul jugement rendu par le Tribunal civil de Perpignan du 22 mai 1907 (1), qui refuse de valider la saisie-arrêt pratiquée entre les mains du Trésorier-payeur général des Pyrénées-Orientales, en vertu d'une ordonnance de taxe, par un expert qui réclamait paiement de frais d'expertise.

Le tribunal déclare que ces frais sont privilégiés comme frais de justice exposés dans l'intérêt de la masse, mais ajoute que la voie de la saisie-arrêt n'est pas ouverte à ces créanciers, parce que :

« Aux termes de l'article 565 C. com., le montant de l'actif mobilier, distraction faite des frais de l'administration de la faillite, etc., doit être réparti entre tous les créanciers au marc le franc de leurs créances affirmées et vérifiées.

« Qu'il résulte de ce texte que les créanciers privilégiés sont payés par préférence sur l'actif de la faillite, à la seule condition que cet actif soit suffisant pour les remplir de leurs droits.

« Qu'il en est de même des créanciers de la masse, de ceux qui, ayant fait l'affaire de la masse, sont nécessairement payés par préférence, que tel est le cas de Fabry et autres. »

On voit par les termes de ce jugement, que le Tribunal de Perpignan a mélangé les deux justifications du droit de préférence. On peut certes prétendre que les créanciers qui ont fait l'affaire de la masse sont des créanciers du failli privilégiés pour frais de justice, et on en conclura qu'ils doivent attendre la distribution pour

(1) Trib. civ. Perpignan, 22 mai 1907, *Journ. Faill.*, 1907, p. 329.

faire valoir leur droit de préférence, ou bien, et c'est notre opinion, on les considère comme des *créanciers de la masse* elle-même, mais alors l'article 565 du C. com., comme toute la procédure de faillite, leur reste étranger: d'ailleurs cet article 565 ne peut en aucune façon servir de fondement au droit de préférence. Il ne règle pas les rapports entre le syndic et les créanciers postérieurs, mais seulement les rapports entre le syndic et les créanciers antérieurs à la faillite. Il sert à justifier, au moment de la reddition des comptes, les paiements que le syndic aura faits aux créanciers préférentiels quel que soit le fondement que l'on assigne à leur droit. En tout cas, on ne peut jamais soutenir, comme le jugement ci-dessus, que ces créanciers sont à la fois créanciers de la masse et créanciers privilégiés; l'une des explications exclut nécessairement l'autre. Il semble bien que le tribunal ait été dupe des mots, et que lorsqu'il qualifie de privilégiés les créanciers postérieurs à la faillite, c'est uniquement pour leur reconnaître le droit de préférence qui est un des éléments du privilège. Il n'a pas vu que le point commun des deux explications, c'est de reconnaître à cette catégorie de créanciers un droit de préférence, aussi quand il dit « privilégié », il entend « préférentiel ». C'est là une confusion que nous rencontrerons bien souvent dans de nombreuses autres décisions qui proclament le principe de la dette de masse, et ajoutent que les créanciers sont privilégiés. Elles veulent simplement dire qu'ils ont un droit de préférence en raison même de cette qualité. Exactement, comme s'il n'était pas possible d'aboutir à un véritable droit de préférence, par la simple application des principes du droit commun, sans la moindre trace de privilège. Si le tribunal de Perpignan a entendu

par créanciers privilégiés, « créanciers préférentiels », on comprend qu'il les appelle ensuite « créanciers de la masse ». Mais alors l'application des règles de la faillite qu'il prétend leur imposer reste injustifiable, car ils ne sont pas créanciers du failli.

Aujourd'hui, le droit pour les créanciers de saisir-arrêter des capitaux de la masse n'est pas mis en doute, mais pour pratiquer une saisie-arrêt encore faut-il que les valeurs de la masse soient entre les mains d'un tiers. Si le créancier a l'occasion de mettre directement la main sur des sommes revenant à la masse, pourra-t-il faire saisie-exécution ? L'hypothèse n'est pas facile à envisager, car les biens corporels restent, nous l'avons vu, la propriété du failli jusqu'à leur vente, et après, leur prix doit être déposé par le syndic à la Caisse des Dépôts et Consignations (art. 489 C. com.). Mais s'il tarde à déposer les fonds quel sera le recours des créanciers de la masse ?

La Cour d'appel de Poitiers à qui la question était posée, l'a résolue d'une façon qui ne nous semble pas satisfaisante, parce que, mal compris, cet arrêt du 19 novembre 1928 (1), pourrait faire croire que la Cour ne voit pas dans la masse une personne juridique indépendante.

La société Saint frères avait été reconnue créancière de la masse de la faillite B..., par une décision devenue définitive du Tribunal de commerce de la Seine. Elle tenta d'obtenir paiement par la voie de la saisie-exécution mais n'aboutit qu'à un procès-verbal de carence. Changeant de tactique, elle fit saisie-arrêt entre les mains du

(1) Poitiers, 19 nov. 1928, S. 1929.2.31, note H. R., *Journ. Faill.*, 1929, p. 274.

syndic. Dans l'instance en validation, celui-ci demanda la main levée de l'opposition, estimant qu'il ne pouvait être pris à la fois comme saisi et tiers saisi. Le Tribunal civil de Poitiers, par jugement du 3 juillet 1928, valida cependant la saisie. Sur appel du syndic, la Cour statua dans les termes suivants :

« La Cour, adoptant les motifs du jugement qui a admis à juste titre que les syndics de la faillite B... pouvaient être pris à la fois comme représentants de la masse débitrice et en qualité de détenteurs des sommes : deniers, valeurs et objets dépendant de la faillite. »

« Et attendu que Saint Frères... ont vainement tenté la voie de la saisie-exécution et n'ont pu aboutir qu'à un procès-verbal de carence, que la saisie-arrêt à laquelle ils ont eu ensuite recours n'est pas inutile et sans portée, qu'elle a pour but et pour résultat d'empêcher que des distributions de deniers soient faites à leur détriment aux créanciers de B... »

« Que ce texte (art. 489 du C. com.) sans doute suppose une saisie-arrêt entre les mains de la Caisse des Dépôts et Consignations normalement appelée à recevoir les fonds appartenant à la faillite, mais qu'il ne fait pas obstacle à ce que l'opposition ait lieu entre les mains des syndics ; qu'il est même plus avantageux pour eux d'être pris comme tiers saisi, puisqu'ils n'auront pas pour retirer les fonds de la Caisse des Dépôts et Consignations, à justifier de la main levée de l'opposition. »

Cette décision nous paraît être peu logique parce que, ainsi que le note l'arrêtiste du Sirey, M. H. R., « le syndic ne peut pas être regardé comme un tiers par rapport à la masse... Le syndic n'est ni mandataire, ni représentant, ni lié d'aucune façon contractuelle avec la

masse ; c'est son organe. Qui s'adresse au syndic, s'adresse à la masse... et on ne peut s'adresser à la masse qu'en s'adressant au syndic... » (1).

Il est la masse. Dès lors quand des fonds appartenant à la masse sont versés au syndic, c'est entre les mains même de la masse qu'ils ont été payés. Si un créancier de la masse veut les saisir, il ne peut exercer que la saisie dirigée directement contre les biens du débiteur : la saisie-exécution. Le créancier le savait tellement bien qu'il avait commencé par là, mais elle était restée vaine. Et c'est la considération qui a emporté la décision de la Cour. Toute saisie-exécution contre la masse sera forcément inutile. Si le syndic tarde à déposer les fonds le créancier restera sans aucun recours et devra attendre le bon plaisir de l'agent de la masse.

En effet, aujourd'hui, les syndics ne sont plus choisis parmi les créanciers du failli, ce sont de véritables officiers ministériels qui gèrent un grand nombre de faillites et ne peuvent donc pas affecter matériellement les fonds qu'ils reçoivent à la faillite à laquelle ces fonds sont destinés ; ils les laissent se confondre dans leur propre patrimoine et se bornent à créditer la faillite sur leurs livres. La saisie-exécution qui ne peut porter que sur un corps certain devient alors impossible dans ces conditions. Peut-être cependant la Cour aurait-elle pu valider la saisie-arrêt sans méconnaître la fonction du syndic, en faisant une analyse plus approfondie de ses qualités.

On peut faire remarquer que M. X..., syndic, gère plusieurs patrimoines : le sien propre d'abord, puis celui de chacune des faillites qui lui sont confiées. Dès lors, quand il reçoit des fonds et ne les affecte pas immédia-

(1) Conf. *infra*, Deuxième partie, p. 342.

tement à l'une d'entre elles, en les déposant au nom de cette faillite à la Caisse des Dépôts et Consignations, l'argent va tomber dans son patrimoine personnel.

Ne peut-on considérer que la saisie-arrêt fait défense à M. X..., gérant de son patrimoine et de celui de la masse de la faillite, de verser les fonds reçus, du premier dans le second ? Les obligations ne sont jamais que des rapports entre patrimoines. Qu'importe que deux patrimoines soient gérés par la même personne physique : ils n'en restent pas moins indépendants l'un de l'autre, et rien n'empêche plus de faire saisie-arrêt.

Ce serait là, croyons-nous, une justification certaine de la décision de la Cour de Poitiers, décision qui lui était imposée par une nécessité pratique incontestable.

B) *Pas de procédure de vérification ni d'affirmation.*

— Les tribunaux ont également admis comme corollaire à cette première conséquence que les créanciers de la masse ne sont soumis ni à la vérification ni à l'affirmation de leur créance. La raison en est la même : Ils sont restés en dehors de la faillite, puisque leur débiteur est la masse, personne « in bonis ». Aucune des modalités de cette procédure ne les concerne.

C'est le jugement du Tribunal civil de Lyon du 18 août 1890 (1), déjà cité à propos du maintien du droit individuel de poursuite qui le consacra : Le sieur Thollot, locataire du sieur Rouchas tomba en faillite ; le bail fut repris de plein droit au profit de la masse, puis le syndic, ne voulant pas continuer le commerce, laissa le bailleur demander la résiliation dans les conditions que nous étudierons. Reconnu créancier de la masse pour le paie-

(1) Trib. civ. Lyon, 18 août 1890, *Journ. Faill.*, 1891, p. 224.

ment des loyers afférents à la période dont elle avait profité. B... fit saisie-arrêt des sommes déposées auprès de la Caisse des Dépôts et Consignations. Dans l'instance en validation, le syndic demanda main levée de l'opposition soutenant que le bailleur en dépit de sa qualité de créancier de la masse aurait dû se soumettre aux mêmes formalités que les autres créanciers.

Le tribunal jugea que « l'exécution par la faillite du bail consenti par B..., a pour effet, le failli étant dessaisi de l'administration de ses biens, d'investir la masse des créanciers représentés par le syndic, des droits de Th... et de la soumettre aux obligations de celui-ci ; que B... est donc créancier de cette masse du montant des condamnations prononcées par le jugement du 12 mars 1890 ;

« Attendu qu'en cette qualité, B... n'était pas soumis aux formalités de la vérification des créances ni de leur affirmation, que l'article 503 C. com. ne lui est point applicable ;

« Attendu que le créancier de la masse des créanciers d'un failli peut former une saisie-arrêt contre cette masse... »

La Cour de Paris par un arrêt du 25 mai 1909 (1) devait juger dans le même sens.

C) *Pas de déchéance du terme ni de cessation au cours des intérêts.* — Il est également hors de doute que si l'obligation de la masse est affectée d'un terme, le créancier ne pourra réclamer un paiement immédiat. N'étant pas soumis à la loi du dividende, il ne peut se

(1) Paris, 25 mai 1909, *Journ. Faill.*, 1910, p. 247.

prévaloir du léger avantage que la loi accorde au créancier du failli, plus dans l'intérêt de la liquidation que dans celui de ce créancier d'ailleurs.

La question ne sera pas sans intérêt quand la masse aura repris à son compte un contrat à terme conclu par le failli. Nous verrons que les tribunaux, s'ils reconnaissent la masse débitrice, ajoutent qu'elle ne doit payer qu'à l'échéance du terme.

Il n'est pas non plus contestable que si par suite d'un désaccord, la masse tarde à payer une créance dont elle aura été reconnue débitrice, elle est tenue également de payer des intérêts. L'article 445 C. com. lui est complètement étranger.

La Cour d'Appel de Bordeaux par un arrêt du 20 décembre 1901 (1) confirmé sur pourvoi par un arrêt de la Chambre civile du 26 avril 1906, l'a expressément déclaré.

D) *Les noms des créanciers ne figurent pas dans les exploits.* — Nous avons vu que l'article 443 C. com. permet au syndic quand il agit ou est actionné en justice de ne pas découvrir les créanciers du failli. Il figure seul en nom, ès qualités de syndic de la faillite X..., dans les exploits qu'il adresse ou qu'il reçoit. Cette disposition qui, dans la théorie du privilège apparaissait comme une exception difficilement justifiable à la vieille règle « Nul ne plaide en France par procureur », est au contraire une conséquence toute naturelle de la personnalité morale de la masse. Ce n'est pas les créanciers que le syndic représente en justice, mais la masse dont

(1) Bordeaux, 20 décembre 1901 et Civ., 26 avr. 1906, D. 1907.1.25, S. 1907.1.169.

il est l'organe. Il n'a pas à citer les créanciers du failli, pour la bonne raison qu'il n'est pas leur mandataire. Mais en revanche il doit découvrir la masse, il n'y a donc aucune exception à la règle de procédure que nous rappelions.

Aussi il est d'usage chez la plupart des auteurs (v. notamment Thaller, notes et passages précités, Percerou, Wahl, Lacour et Bouteron, Gombeaux) de considérer cet article 443 comme une des preuves de la personnalité morale de la masse. Cependant en raison des nouvelles explications qui ont été données : règle de protection privée qui peut être écartée par la volonté des parties et à plus forte raison par la loi quand il y a intérêts, et du rapprochement fait avec le cas du capitaine de navire qui peut plaider au nom de ses armateurs sans être obligé de les citer, nous préférons voir dans cette disposition une conséquence de la personnalité, une fois celle-ci établie, plutôt que la preuve même de son existence.

E) *Pas d'action contre le patrimoine du failli ou des créanciers individuels.* — La théorie de la personnalité morale de la masse nous explique aussi pourquoi en dehors de l'hypothèse de l'article 533 C. com. les créanciers de la masse n'ont aucun droit sur les patrimoines des créanciers du failli (1), ni sur celui du failli revenu à meilleure fortune (2), à moins que celui-ci n'ait, par

(1) En ce sens, arrêts précités : Req., 17 mars 1840, S. 1843.1.213 et Paris, 24 déc. 1841, S. 1843.2.175, et, sur pourvoi, Req., 24 août 1843, S. 1843.1.257.

(2) En ce sens, Civ., 11 fév. 1845, D. 1845.1.158.

une clause du concordat, s'il en est intervenu, déclaré prendre à sa charge les dettes de la masse (1).

C'est qu'en effet le syndic n'avait pas qualité pour les engager. Agent de la masse il ne peut obliger que le patrimoine de celle-ci. Remarquons cependant que MM. Lacour et Bouteron (2) estiment que le syndic représente à la fois la masse et le failli. Ils en concluent donc que celui-ci est personnellement obligé au paiement des dettes de la masse, et pourrait y être contraint le cas échéant. Ce système ne nous paraît pas très justifié, parce que si le syndic exerce bien les droits du débiteur, ce n'est qu'en qualité d'agent de la masse après investissement de celle-ci dans les droits du failli. Cependant une distinction paraît devoir être faite. Si la dette de la masse a pour origine un contrat nouveau passé par le syndic au nom de la masse, le failli ne pourra jamais être obligé à l'exécuter ; le contrat constitue à son égard une « *res inter alios acta* » (et à plus forte raison si la dette est extracontractuelle). Au contraire si la dette de la masse a sa source dans un contrat conclu par le débiteur avant sa mise en faillite, que la masse a volontairement repris à son compte, parce que le syndic a estimé avantageux de ne pas laisser la partie adverse en demander la résiliation, le failli pourra être reconnu débiteur des prestations reçues par le syndic.

En effet, la continuation du contrat par la masse n'entraîne pas novation, et donc ne libère pas le failli, il n'y a pas nouveau contrat, mais coobligation. Et donc le failli revenu à une situation meilleure pourra, si

(1) Conf. *infra*, III^e partie.

(2) LACOUR et BOUTERON, *Précis de Droit commercial*, II, n° 1851.

l'actif de la masse n'a pas suffi à payer le cocontractant être condamné, après la dissolution de l'union à lui verser la différence, non pas certes, en exécution de l'obligation assumée par la masse, mais en exécution de son propre contrat qui n'a pas été résilié (1). Le refus aux créanciers de la masse du droit de réclamer leur paiement aux créanciers du failli, associés dans la masse, et, en principe, au failli lui-même, est, nous l'avons vu (2) la preuve que la masse n'est pas réduite à une activité juridique restreinte, mais qu'elle constitue une personne morale du type le plus évolué, égale sur ce point à la société anonyme dont nous avons déjà eu l'occasion de la rapprocher.

F) *Les actions personnelles à la masse ne peuvent être exercées après sa dissolution* (3). — Une dernière conséquence se déduit de l'individualité juridique de la masse. Nous avons vu que son patrimoine était constitué par l'exercice des droits personnels des créanciers, liés comme dans un faisceau, auxquels la loi aurait ajouté un certain nombre d'autres droits qui restent rigoureusement particuliers à la masse. Quand la masse vient à disparaître après homologation d'un concordat ou dissolution de l'union, le faisceau se desserre, chaque créancier reprend l'exercice de son droit, mais ceux personnels à la masse vont disparaître, faute d'une personne juridique pour en être investie. Il s'ensuit que ni les créanciers du failli, ni le failli lui-même, en cas de concordat, ne pourront jamais en réclamer le bénéfice.

(1) Cf. II^e partie, p. 409.

(2) Cf. *supra*, p. 78.

(3) Cf. PERCEROU, *op. cit.*, II, n° 1357.

Nous avons déjà vu que la Cour de Nancy, dans un arrêt du 8 avril 1908 (1), a déclaré que l'hypothèque de la masse disparaît après dissolution de l'union et que les créanciers du failli ne peuvent l'opposer aux tiers qui pourraient par la suite acquérir les immeubles.

D'autres décisions ont appliqué la même idée aux actions en nullité particulière à la masse.

Un arrêt de la Cour de Lyon du 16 mars 1911 (2), a jugé que « les nullités qui atteignent certains actes à raison de l'état de liquidation judiciaire de celui qui les a consentis (telles que celles de la vente d'immeubles par un liquidé sans les formalités prescrites par la loi du 4 mars 1889) ont un caractère purement relatif. Elles ne peuvent être invoquées que par la masse et poursuivies que par le liquidateur ».

« En conséquence et en admettant même que le liquidateur n'ait pas renoncé à s'en prévaloir dans les formes prescrites par l'article 7 de cette loi (lesquelles sont essentielles pour la validité d'une telle renonciation), cette nullité ne peut plus être prononcée après le vote et l'homologation du concordat qui a mis fin aux pouvoirs du liquidateur. Une décision d'annulation rendue dans ces conditions, serait d'ailleurs sans intérêt, puisque nul ne pourrait en poursuivre l'exécution, ni la masse qui n'a plus de représentant légal, ni un créancier personnel, qui ne saurait exercer le droit de cette masse ».

Cet arrêt est d'autant plus important qu'il ne se borne pas à déclarer que l'action en nullité ne peut pas être

(1) Nancy, 8 avr. 1908, *Gaz. Pal.*, 1908, II, 264.

(2) Lyon, 16 mars 1911, *Journ. Faill.*, 1912, p. 119 et *Civ.*, 1^{er} mars 1911, *Journ. Faill.*, 1911, p. 337.

exercée par le liquidé concordataire : ce qui est évident, à son égard, l'acte est définitif, et d'ailleurs il serait choquant qu'il put se prévaloir de sa propre fraude, mais ajoute que les créanciers ne pourront davantage en demander le bénéfice.

D'autres arrêts déjà plus anciens s'étaient déjà prononcés dans le même sens.

La Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 2 août 1866, a confirmé un arrêt de la Cour de Dijon du 8 février 1865 (1) aux termes duquel :

« Attendu que l'article 446 du C. com. déclare nuls et sans effet relativement à la masse les actes qu'il énumère... »

« Qu'il résulte de ces dispositions de la loi, que si la dissolution de l'union à la différence de la réhabilitation n'efface pas complètement l'état de faillite, elle le modifie profondément ; que la masse créancière cesse d'exister, sans pouvoir désormais être reconstituée ; que les fonctions des syndics qui la représentaient prennent fin et que les droits établis dans l'intérêt de la masse ne peuvent pas être invoqués ; que le failli et les créanciers agissant individuellement sont sans qualité pour contester la validité des dites hypothèques dont la nullité n'avait été prononcée par l'article 446 C. com. que relativement à la masse ».

Et l'arrêt continue en déclarant que « les hypothèques annulées en application de cet article renaissent et sont opposables aux créanciers ayant recouvré l'exercice individuel de leurs droits ».

(1) Dijon, 8 fév. 1865, D. 1865.2.89, et, sur pourvoi, Req., 2 août 1866, D. 1867.1.37.

Quelques jours avant cette décision, la même Chambre des Requêtes avait déclaré, par arrêt du 30 juillet 1866 (1), à propos de paiements annulés par application des articles 446 et 447 du C. com., « qu'il n'appartient qu'aux syndics de provoquer dans l'intérêt de la masse de la faillite, l'annulation des paiements faits et des garanties données par le failli à un ou plusieurs de ces créanciers, dans les circonstances déterminées par ces articles et de faire exécuter les jugements prononçant cette annulation ».

En conséquence, elle refuse de casser un arrêt qui avait rejeté la prétention d'un failli concordataire de poursuivre l'exécution du jugement d'annulation ; il y aurait eu cependant un bon motif de le lui accorder, car le failli pouvait dire : sans doute la dette est-elle définitive entre le défendeur et moi, et plus tard il pourra me réclamer un second paiement puisque le premier est annulé. En l'espèce, cependant, je me borne à exercer, dans l'intérêt de mes autres créanciers, un droit acquis à la masse qui m'a été transmis par le concordat. Mais il s'agissait là d'un droit rigoureusement personnel à cette masse, qui n'aurait pu être exercé par les créanciers et à plus forte raison donc par le failli concordataire.

Cette jurisprudence est absolument constante, nous avons relevé dans le même sens un arrêt de la Cour de Cassation du 11 novembre 1856 et un autre de la même Cour du 10 février 1863 (2), refusant aux créanciers sortis de la masse l'action en nullité des hypothèques prévue par les articles 446 et 447.

(1) Req., 30 juil. 1866, D. 1867.1.39.

(2) Cass., 11 nov. 1856, D. 1857.1.555 et 10 fév. 1863, D. 1863.1.300.

Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 15 juillet 1857 (1), confirmant un arrêt de la Cour d'Aix du 7 août 1856, leur a refusé le droit de poursuivre l'exécution des jugements non exécutés à la diligence des syndics avant la dissolution de l'union.

Un dernier arrêt, enfin, encore plus ancien, de la Chambre des Requêtes du 9 mai 1834 (2), leur a refusé le droit de poursuivre sur le fondement de l'article 446 C. com. les paiements frauduleux du failli.

La Chambre civile, dans un arrêt du 14 janvier 1935 (3), a jugé, en corollaire de ses décisions précédentes, qu'un jugement intervenu entre la masse et un tiers n'a pas autorité de chose jugée entre celui-ci et le failli concordataire.

Nous avons ainsi achevé le tour de toutes les conséquences de la personnalité morale de la masse. Nous avons souligné la plus importante d'entre elles : la possibilité d'avoir des créanciers qui se feront payer sur son actif avant toute répartition aux créanciers du failli, les associés qui la constituent, et dont les droits lui auront permis d'acquérir les valeurs qu'elle offre en gage.

C'est là un avantage tellement considérable que beaucoup de créanciers qui, pourtant, n'ont de droits que contre le failli, essaient de se faire reconnaître la qualité de créanciers de la masse pour être assurés d'un paiement intégral.

(1) Aix., 7 août 1856, D. 1856.5.214, et, sur pourvoi, Req., 15 juil. 1857, D. 1857.1.385.

(2) Req., 9 mai 1834, D. 1834.1.241.

(3) Civ., 14 janv. 1935, D. H. 1935, p. 130.

Ces prétentions donnent lieu à quantités de conflits dont les causes sont très variées. Pour examiner leur bien fondé, il nous faudra rechercher quelles sont les sources des dettes de la masse et à propos de chacune d'elles essayer de dégager les principes qui permettent de distinguer les créanciers de la masse des créanciers du failli, puis nous tenterons de trouver un principe plus général qui puisse permettre de reconnaître toute dette de masse quelqu'en soit la source. Ce sera l'objet de la deuxième partie de notre étude.

Une dernière remarque cependant ; des auteurs (1) et un arrêt de la Chambre civile de la Cour de Cassation du 27 janvier 1932 (2), ont prétendu que dans la liquidation judiciaire, il n'y aurait pas de masse, parce que le liquidé ne serait pas dessaisi. Cela nous paraît une erreur manifeste : le véritable dessaisissement ne consiste pas tant dans le fait que le commerçant restera ou ne restera pas en rapport personnels avec la clientèle, que dans celui qu'il ne peut plus disposer librement de ses biens au détriment de la masse de ses créanciers. Et à cet égard, la situation du liquidé est identique à celle du failli. L'article 5 de la loi du 5 mars 1889, modifiée par la loi du 4 avril 1890, décide en effet :

« A partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, les actions mobilières et immobilières et toutes voies d'exécution, tant sur les meubles que sur les immeubles sont suspendues comme en matière de

(1) BAILLY, *Étude de la loi sur la liquidation judiciaire* (*Annales de Droit commercial*, 1889, II, pp. 49 et suivantes, et notamment p. 57).

(2) Civ., 27 janv. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, I, 486 et la note. Voir dans le même sens, Montpellier, 24 déc. 1920, S. 1921.2.36, *Gaz. Pal.*, 1921, I, 98.

faillite. Celles qui subsistent doivent être intentées ou suivies à la fois contre les liquidateurs et le débiteur.

« Il ne peut être pris sur les biens de ce dernier d'autres inscriptions que celles mentionnées en l'article 4, et les créanciers ne peuvent poursuivre l'expropriation des immeubles sur lesquels ils n'ont pas d'hypothèques. *De son côté, le débiteur ne peut contracter aucune nouvelle dette ni aliéner tout ou partie de son actif, sauf dans les cas qui sont énumérés ci-après.* »

C'est le sens même de l'article 443 C. com. et presque les mêmes termes. Dans la liquidation judiciaire comme dans la faillite, le débiteur est dessaisi et la masse acquiert sur ses biens un droit réel comportant administration et jouissance. La seule différence entre les deux situations, c'est que dans la faillite, la masse n'a qu'un seul agent : le syndic, tandis qu'en liquidation judiciaire, tout au moins tant que l'union n'a pas été ouverte, elle possède un organe exécutif à deux têtes, une véritable « commission exécutive », composée du liquidé et du liquidateur ; mais à tous autres égards les droits de la masse restent les mêmes.

Quel est alors l'intérêt de la mise en liquidation judiciaire ? Il n'est pas d'ordre juridique, mais psychologique et pratique. Au lieu d'être mis hors de chez lui par le syndic qui le remplace à la tête de ses affaires en cas de faillite, le débiteur en liquidation sauve les apparences à l'égard de sa clientèle ; il continue à être en rapports commerciaux avec elle et, comme la liquidation en raison de la bonne foi qu'elle exige chez le débiteur facilite beaucoup la conclusion du concordat, il saura qu'il a les plus fortes chances de n'être jamais dépossédé de son fonds et continuera à apporter tous ses soins à la

gestion du commerce. Les créanciers recueilleront donc l'avantage d'avoir évité à la fois une interruption du commerce et un changement de direction. Mais on ne peut aller plus loin. Le dessaisissement du liquidé n'est pas simplement partiel comme on l'a prétendu, mais complet comme en faillite : les tiers agiront prudemment, nous le verrons, en examinant toujours avec soin si le liquidé n'a pas dépassé ses pouvoirs d'agent de la masse.

DEUXIEME PARTIE

Source des obligations de la masse

« Attendu qu'il est constant que cette personne morale ne peut être obligée que par contrats, quasi-contrats, délits ou quasi-délits ».

Telles sont les trois sources d'obligations de la masse que nous indique ce jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 10 janvier 1907 (1), qui, nous l'avons vu, peut-être regardé comme la charte de la théorie de la personnalité morale de ce groupement. En y ajoutant les obligations nées par la volonté de lois spéciales, et notamment des lois fiscales, nous aurons rencontré toutes les sources d'obligations de tout sujet de droit, personne physique ou personne morale.

Cela nous dicte le plan à suivre ; nous devons étudier d'abord toutes les obligations volontairement assumées par la masse dans un premier titre, puis dans un second, nous grouperons les obligations issues de la seule volonté des créanciers, du fait de la masse ou du fait des personnes ou des choses dont elle est responsable, et enfin de la volonté de la loi.

(1) Trib. com. Seine, jugement précité du 19 janv. 1907, *Journ. Faill.*, 1907, p. 418 ; *La Loi* du 1^{er} mai 1907.

TITRE PREMIER

**LES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES
DE LA MASSE**

Le syndic pourra engager la masse par contrats, soit simplement pour les besoins de l'administration et de la liquidation de la faillite, soit plutôt pour continuer l'exploitation de l'entreprise du failli. Les occasions en seront naturellement beaucoup plus fréquentes dans cette dernière circonstance.

Il traitera de deux façons : ou bien il passera des conventions nouvelles pour la durée de la liquidation ou de la continuation du commerce ou bien il acquerra pour la masse le bénéfice de contrats anciens convenus par le commerçant encore « in bonis ».

Avant d'étudier ces deux sortes d'accords, il nous faut déterminer les pouvoirs du syndic ou du liquidé assisté de son liquidateur, pour obliger contractuellement la masse.

CHAPITRE PREMIER

**Pouvoirs du syndic ou du débiteur
assisté du liquidateur
en vue d'obliger la masse par contrat**

En faillite, l'étendue des pouvoirs des syndics pour conclure des contrats au nom de la masse ne présente aucune difficulté. Même s'il ne poursuit pas l'exploitation du fonds, le Code de commerce accorde au syndic les plus larges pouvoirs d'administration. L'article 450 lui permet de réclamer pour la masse le bénéfice du bail consenti au failli. Préfère-t-il continuer le commerce, l'article 470 ne lui impose que l'autorisation du juge-commissaire ; et cette autorisation est générale. Une fois donnée, elle habilite le syndic pour faire tous les actes juridique que la continuation du commerce rend nécessaires. Il n'y a place pour aucune contestation, et les tribunaux n'ont jamais été saisis d'une demande en nullité d'un acte du syndic qui aurait dépassé ses pouvoirs.

La liquidation judiciaire au contraire, donne lieu à une controverse importante. Nous rappelons en effet que la gestion du patrimoine de la masse n'est plus confiée à une personne choisie par le tribunal, soit parmi des professionnels de cette gestion, soit à défaut parmi des officiers ministériels, mais au débiteur défaillant lui-

même. Du point de vue externe, rien n'est changé, c'est toujours au commerçant que les tiers auront affaire, c'est avec lui qu'ils traiteront. Du point de vue juridique, la différence est profonde. Le débiteur, après sa mise en liquidation judiciaire, ne gère plus son propre patrimoine car il est dessaisi de ses biens ; il gère le patrimoine de la masse dont il est l'agent d'exécution. Aussi la loi du 4 mars 1889 lui a-t-elle adjoint un curateur, qu'elle appelle improprement liquidateur, chargé de le surveiller et de l'habiliter à faire les actes juridiques nécessaires.

L'article 6 nous dit en effet :

« Le débiteur peut avec l'assistance des liquidateurs procéder au recouvrement des effets et créances exigibles, faire tous actes conservatoires, vendre les objets sujets à dépérissement ou à dépréciation imminente ou dispendieux à conserver et intenter ou suivre toutes actions mobilières ou immobilières.

« Au refus des débiteurs, il pourra être procédé par les liquidateurs seuls avec l'autorisation du juge-commissaire. Toutefois s'il s'agit d'une action à intenter, cette autorisation ne sera pas demandée mais les liquidateurs devront mettre le débiteur en cause.

« Le débiteur peut aussi avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge-commissaire continuer l'exploitation de son commerce ou de son industrie. »

Mais la loi ne fixe pas expressément l'étendue de cette assistance. Consiste-t-elle en un assentiment d'une portée très générale nécessaire seulement au débiteur pour solliciter l'autorisation du juge-commissaire ? Ou

bien au contraire, le liquidé devra-t-il obtenir le concours du liquidateur pour chacun des actes qu'exigera la continuation du commerce ?

Une controverse célèbre divise la doctrine de la jurisprudence.

Une première opinion considère que l'autorisation du liquidateur n'est nécessaire au liquidé que pour solliciter l'autorisation du juge-commissaire. Dans cette première façon de voir, le débiteur qui juge désirable de continuer l'exploitation de son commerce devrait d'abord en demander l'autorisation au liquidateur, celui-ci aurait un pouvoir souverain pour décider. S'il refuse, le commerçant en liquidation ne pourrait qu'essayer d'obtenir du tribunal le changement de son liquidateur. S'il accepte, liquidé et liquidateur présenteraient conjointement au juge-commissaire une requête afin d'autorisation. Mais après avoir reçu cette double autorisation, le liquidé n'aurait plus besoin d'autorisation pour aucun des actes que rend nécessaire l'exploitation du fonds, quelqu'en soit l'importance. Il serait dans la situation du mineur ou de la femme mariée habilités à faire le commerce, et resterait simplement soumis à la surveillance du liquidateur, qui s'il estime la gestion du débiteur imprudente, n'aurait d'autre recours que de demander au Tribunal de commerce tout entier et non plus simplement au juge-commissaire, de révoquer l'autorisation et au besoin de convertir la liquidation en faillite.

Telle est l'opinion soutenue par MM. Thaller (1), Pré-

(1) THALLER, *Précis de Droit commercial*, référence précitée.

mont et Cambulin (1), Bailly (2), MM. Lyon-Caen et Renault (3), Percerou (4) pour différents motifs qui peuvent se ramener à trois.

Cette solution serait exigée d'abord pour une nécessité pratique : la rapidité des affaires. Chaque fois que le liquidé doit vendre ou acheter, ou plus généralement passer un contrat, on ne saurait exiger de lui qu'il sollicite l'autorisation expresse du liquidateur. Aujourd'hui les liquidateurs et syndics sont des professionnels de ce genre d'opérations. Ils surveillent ou gèrent de nombreuses affaires et ne peuvent être à tout moment aux côtés du commerçant en liquidation pour autoriser ses actes chaque fois que besoin en sera.

D'ailleurs il est de principe, quand une personne doit être autorisée à exercer le commerce, que cette autorisation est générale et habilite à faire tous les actes nécessaires au commerce. Ainsi le mineur émancipé (art. 2 C. com. et 482 C. civ. et la femme mariée art. 4 et 5 du C. com.).

De plus, ajoute M. Lyon-Caen, dans la note précitée, dans les cas où une autorisation générale équivaldrait à priver l'incapable de la protection que la loi a voulu lui assurer, la jurisprudence lui refuse purement et simplement le droit d'être commerçant : ainsi le prodigue

(1) PRÉMONT et CAMBULIN, *Code pratique des faillites*, p. 78.

(2) BAILLY, *Etude de la loi sur les liquidations judiciaires* (*Ann. Dr. comm.*, 1889, II, p. 49).

(3) LYON-CAEN et RENAULT, *Traité de Droit commercial*, VIII, n° 1057, et note LYON-CAEN sous S. 1902.1481.

(4) PERCEROU, *op. cit.*, II, n° 1223.

qui ne pourrait être habilité à faire le commerce par son conseil judiciaire. En conséquence, conclut M. Lyon-Caen, une autorisation de faire le commerce ne peut être que générale, ou bien elle est impossible et donc par cela seule qu'elle existe, l'autorisation donnée au débiteur en liquidation est générale.

La Cour de cassation, quand la question lui fut soumise, partagea complètement ce point de vue. Un arrêt de la Chambre des Requêtes du 17 juin 1897 (1) décida qu'une demande en justice introduite par un liquidité judiciaire sans l'assistance du liquidateur, ou un appel interjeté dans les mêmes conditions, n'étaient pas recevable et que l'intervention postérieure du liquidateur ne pouvait en couvrir la nullité.

Cette jurisprudence fut confirmée par un nouvel arrêt de la même Chambre du 25 octobre 1902 (2) d'autant plus caractéristique qu'il s'agissait d'un contrat.

Un liquidé judiciaire avait vendu sans l'assistance de son liquidateur une certaine quantité de suif, mais il n'exécuta que partiellement le contrat. Les acheteurs en demandèrent alors la résiliation avec des dommages-intérêts. Pour sa défense, le vendeur fit plaider que le marché n'était pas valable parce que conclu à l'insu de son liquidateur. Le Tribunal de commerce de Pau lui donna raison, mais la Cour d'appel reforma ce jugement. Le liquidé et le liquidateur se pourvurent en Cassation.

Devant la Chambre des Requêtes, le rapporteur, M. le Conseiller Alphandéry proposa un système intermé-

(1) Requêtes, 17 juin 1897, D. 1898.1.521.

(2) Requêtes, 25 octobre 1902, S. 1902.1.481 (note LYON-CAEN précitée) ; D. 1902.1.515, *Gaz Pal.*, 1902, II, 631.

diaire et conclut au rejet du pourvoi parce que, si un contrat convenu par un liquidé judiciaire à l'insu du liquidateur est entaché de nullité, il appartient cependant à celui-ci de prouver qu'il n'en a pas eu connaissance.

Adoptant l'opinion de son éminent rapporteur, la Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi, mais pour un autre motif : sur le deuxième moyen : « Attendu qu'aux termes de l'article 6 de la loi du 4 mars 1889, le débiteur peut, avec l'assistance des liquidateurs et l'autorisation du juge-commissaire, continuer l'exploitation de son commerce à partir du jugement qui déclare ouverte la liquidation judiciaire, que cette assistance des liquidateurs n'est exigée qu'en vue d'obtenir pour le liquidé, l'autorisation de continuer son exploitation et qu'elle n'est pas nécessaire pour chacun des actes de son commerce, après que la dite autorisation lui a été accordée. »

Ce sont exactement les raisons fournies par la doctrine que nous avons citée, mais la Chambre des Requêtes ajoute un nouveau motif :

« Attendu que l'article 6 de la loi précitée, en mettant sur la même ligne dans son second alinéa, l'assistance du liquidateur et l'autorisation du juge-commissaire, indique suffisamment que la première comme la seconde n'est exigée qu'une seule fois... »

La Cour de Dijon (1), dans une espèce curieuse, se conforma à la jurisprudence de la Chambre des Requêtes : les sieurs Bedel père et fils aîné, en liquidation judiciaire, mais autorisés à continuer leur exploitation et ayant bénéficié d'un concordat en instance d'homologa-

(1) Dijon, 15 déc. 1909, *Gaz. Pal.*, 1910, I, 51 ; S. 1912.2.193 (note W^AHL).

tion, devant le Tribunal de commerce de Dijon (qui devait d'ailleurs la refuser) avaient, à l'insu de leur liquidateur, commandé à Forsberg et Mark, 5.000 kilogs d'acier. Ces derniers en fournirent une partie, puis apprenant la situation de B... refusèrent de continuer les livraisons, et assignèrent B... père et fils et leur liquidateur, pour avoir paiement, en qualité de créanciers de la masse, des aciers déjà envoyés.

Le Tribunal de commerce de Dijon, par jugement du 8 juin 1909 s'insurgeant contre la Jurisprudence de la Chambres des Requêtes, repoussa la demande en décidant que : « en faisant cette livraison F... et M... ont à l'origine fait confiance à B... père et fils, et qu'ils sont mal venus à arguer de leur ignorance de l'état de liquidation judiciaire de leurs débiteurs, que s'agissant d'une fourniture importante, il était pour eux d'une prudence élémentaire de se renseigner dès le début, comme ils l'ont fait plus tard, et apprenant alors la véritable situation de B... de ne livrer qu'après s'être assurés de l'assentiment du liquidateur. »

Mais la Cour d'Appel réforma ce jugement et déclara que : « Lorsqu'aux termes de l'ordonnance du juge-commissaire rendu en vertu de l'article 6 de la loi du 4 mars 1889, un liquidé a été autorisé à continuer provisoirement l'exploitation de son usine, cette autorisation générale impliquant implicitement celle de faire valablement tous les actes nécessaires à la dite exploitation, il s'ensuit que les commandes affectant ce caractère, faites par le liquidé, mais sans participation de son liquidateur, ont pour effet d'engager la masse créancière, dans l'intérêt de laquelle cette continuation est présumée avoir été ordonnée et que le liquidateur n'est pas fondé à pré-

tendre que le montant des dites commandes ne peut constituer une créance opposable à la masse.

« Vainement le liquidateur voudrait-il tirer argument de ce que ces commandes ont été faites entre la date où le concordat a été voté, et celle où le Tribunal de commerce en a refusé l'homologation, alors qu'aux termes de l'ordonnance du juge-commissaire, la continuation de l'exploitation par le liquidé, n'avait été autorisée que jusqu'à la séance concordataire.

« Cette expression doit nécessairement être entendue en ce sens que le juge-commissaire a voulu se référer à l'acte qui devait dans un sens ou dans l'autre modifier d'une façon définitive la situation du débiteur, c'est-à-dire la décision de l'Assemblée générale des créanciers au cas où elle aurait été maintenue, et dans le cas contraire le jugement qui, refusant d'homologuer le concordat, aurait pour résultat de le faire considérer comme non avenu ».

Cependant, une partie non moins nombreuse de la doctrine estime au contraire comme l'avait décidé les deux tribunaux de commerce de Pau et de Dijon dont les jugements furent réformés, que l'assistance du liquidateur ne doit pas se borner à appuyer la demande en autorisation de poursuivre le commerce, mais doit se manifester à l'occasion de tous les actes juridiques qu'exigera cette exploitation.

C'est l'opinion des premiers commentateurs de la loi et notamment de MM. Goirand et Perier (1) qui réclament même une autorisation du juge-commissaire,

(1) GOIRAND et PÉRIER, *Commentaire théorique et pratique de la loi du 4 mars 1889*, p. 69.

pour chacun de ces actes, opinion exagérée, puisqu'une telle autorisation n'est pas nécessaire pour le syndic de faillite, de MM. Rivière (1), Malapert (2), Coulon (3), et surtout de M. Wahl dans une note publiée au Sirey de 1912 (4).

Outre les déclarations du rapporteur de la loi devant le Sénat, M. Demôle (5), M. Wahl fait remarquer que si la rapidité des transactions est évidemment une condition essentielle du commerce de détail, la raison cesse d'être valable pour le commerce de gros, et à plus forte raison pour l'industrie où les marchés sont convenus par écrit. Rien n'empêcherait de demander la signature du liquidateur, et le retard ne serait certainement pas préjudiciable à la masse.

De plus, à quoi servirait une autorisation générale qui ne se manifesterait que pour solliciter celle du juge-commissaire ? A éclairer ce magistrat ? Mais il pourrait seul, s'entourer de tous les renseignements utiles, en cas de liquidation judiciaire comme en cas de faillite, et on conçoit difficilement alors, que la résistance du liquidateur suffise à empêcher le juge-commissaire d'autoriser une exploitation que personnellement il estime avantageuse pour la masse.

« Enfin, dit M. Wahl, si l'assistance du liquidateur se réduit à une autorisation donnée par avance, on ne voit

(1) RIVIÈRE, *Commentaire des lois des 4 mars 1889 et 4 avril 1890*, pp. 75 et suiv.

(2) MALAPERT, *Du régime de la liquidation judiciaire*, p. 174.

(3) COULON, *La liquidation judiciaire et la faillite*, p. 72.

(4) Note précitée de M. WAHL, publiée au S. 1912.2.193.

(5) Séance du Sénat du 17 janvier 1889, Sirey, *Lois annotées*, 1889, pp. 457 et 458, note 31.

pas pourquoi la loi ne se borne pas à dire « l'autorisation du juge-commissaire et du liquidateur sera nécessaire ». Assister, ce n'est pas seulement autoriser, c'est être présent et concourir à l'acte; les deux expressions ont un sens différent dans la langue du droit. « Autoriser » c'est simplement ne pas s'opposer à l'acte et par conséquent l'autorisation peut être donnée par avance, — c'est ainsi que le curateur autorise le mineur émancipé, — « Assister » c'est au contraire participer à l'élaboration de l'acte, être présent à sa conclusion, en avoir connu, tous les détails. Dans la loi de 1889 le mot « assistance » figure avec cette signification, dans le 1^{er} paragraphe de l'article 6, au sujet du recouvrement des créances. Et M. Wahl en conclut que : « Le liquidateur a pour rôle d'exploiter de concert avec le liquidé. Il est, en quelque sorte, dans la situation d'un cogérant. Il doit exercer un contrôle incessant. Il peut interdire tous les actes qu'il juge dangereux. Mais son assistance, à laquelle la loi n'impose aucune forme obligatoire, peut être tacite. Elle se manifestera suffisamment pour les actes courants auxquels le liquidateur pouvait s'attendre par l'absence d'opposition ; ce sera là une question de fait que résoudra souverainement le juge. »

Telle est aussi l'interprétation des tribunaux de commerce. Outre les deux jugements ci-dessus rapportés, le Tribunal de commerce d'Albi jugea le 3 mars 1902 (1) que « lorsque le débiteur en liquidation judiciaire qui a obtenu son concordat, continue la gestion de ses affaires, les fournisseurs qui lui livrent des marchandises,

(1) Trib. comm. Albi, 3 mars 1902, *Journ. Faill.*, 1903, p. 332.

sans s'assurer de l'approbation du liquidateur alors que le jugement d'homologation est frappé d'appel, commettent une faute lourde qui les rendent irrecevables à réclamer ultérieurement, comme dette de masse, le paiement par préférence du prix de leurs fournitures postérieures au jugement déclaratif ». Cette décision devint définitive, le vendeur n'ayant pas cru devoir interjeter appel.

Que penser de ce conflit entre les deux doctrines et entre les juges-consulaires et les magistrats professionnels ?

Remarquons d'abord que la justification apportée à l'appui des premières décisions est peu probante. Sans doute l'autorisation donnée à un incapable de faire le commerce est-elle toujours générale. Mais le rapprochement entre le mineur ou la femme mariée et le failli est inacceptable. Les premiers sont frappés d'une présomption d'incapacité à défendre leurs intérêts et la loi a voulu leur donner un protecteur. Il est bien naturel que lorsque celui-ci les estime capables de faire le commerce, il puisse leur donner une autorisation définitive. Cette autorisation, ou pour mieux dire cette habilitation, est une sorte de mainlevée de leur incapacité. Très différente est la situation du liquidé. Il n'est pas incapable ; à son égard, le contrat attaqué demeure valable et la partie adverse pourra en obtenir exécution sur les biens qu'il est susceptible d'acquérir plus tard. Mais il est dessaisi, la masse a, de ce fait, acquis un droit privatif sur l'ensemble de ses biens qui ne peuvent plus être grevés d'aucune obligation nouvelle sinon du chef de la masse. Et c'est là tout le problème. La masse ne peut être obligée que par son organe exécutif ; et en liquidation judiciaire, son organe exécutif, ce n'est pas le liquidé seul, mais le

liquidé et le liquidateur agissant conjointement et formant une sorte de « *Commission exécutive* ». Ce point a échappé à la Chambre des Requêtes, qui a considéré que le failli continuait le commerce en son nom personnel, mais était frappé d'une sorte d'incapacité du fait de la cessation des paiements.

Cependant, on ne saurait exiger que cette « Commission exécutive » de la masse intervint pour tous les actes de la faillite. Et comme le fait remarquer M. Wahl, la situation du liquidé par rapport au liquidateur, est celle d'un cogérant, ou plutôt de l'administrateur-délégué par rapport au conseil d'administration. Seul le conseil d'administration a le pouvoir d'engager la société. Mais comme on ne peut sérieusement envisager de le réunir chaque fois qu'un acte juridique est nécessaire pour la gestion de la société, il faut donner mandat à l'un des administrateurs appelé pour cela l'administrateur-délégué, de faire tous les actes d'administration courante, les actes plus graves étant du ressort du Conseil. Et c'est en cela que consiste l'autorisation que le liquidateur donne au liquidé de continuer le commerce. Elle constitue un véritable accord aux termes duquel les membres de la Commission exécutive donnent mandat à l'un d'eux, le débiteur en liquidation, de faire tous les actes d'administration courante, tandis que les actes plus graves exigeront l'intervention de la Commission tout entière, c'est-à-dire du liquidé et de son liquidateur.

Nous aurons donc à distinguer trois catégories d'actes : les actes conservatoires que le failli aurait pu accomplir seul, à plus forte raison le liquidé judiciaire le pourra-t-il.

Puis les actes d'administration simples que le liquidé pourra faire seul, pourvu qu'il ait l'autorisation de continuer le commerce.

Et enfin les actes d'administration plus graves que le liquidé ne pourra accomplir qu'avec l'assistance du liquidateur judiciaire. Conformément au droit commun des sociétés, tout acte de cette catégorie qui n'aurait été passé que dans les formes acceptées pour la catégorie inférieure restera inopposable à la masse, et n'engagera que la responsabilité personnelle du liquidé.

Quant à prétendre tracer une frontière entre ces deux catégories, c'est une tâche impossible. Elle variera selon la nature et l'importance du commerce ou de l'industrie en liquidation. Cette distinction constitue à tous les égards une question de fait qui doit être abandonnée à la sagesse des magistrats.

La jurisprudence la plus récente s'est engagée dans cette voie.

Par un premier jugement du 1^{er} mars 1926, le Tribunal de commerce du Havre (1) a statué dans les termes suivants :

« Attendu qu'il est constant qu'en cas de continuation de commerce autorisée, le liquidateur n'a pas à autoriser le liquidé pour chacun de ces actes, et que d'autre part, c'est pour le compte de la masse que le commerce s'exerce, parce que celle-ci est censée en profiter.

« Attendu toutefois que ce second principe ne saurait couvrir un fournisseur, si celui-ci a commis l'impruden-

(1) Tribunal de commerce Le Havre, 1^{er} mars 1926, *Rec. du Havre*, 1926.1.92.

ce de faire au liquidé des livraisons à crédit dans des conditions anormales.

« Attendu que dans la présente espèce, l'Union des débiteurs, dont le siège est au Havre, et qui est en rapport constant avec les débiteurs de la région, devait ignorer moins que tout autre, la liquidation judiciaire de Liégeois, au sujet de laquelle la publicité habituelle avait été faite.

« Attendu qu'elle a fait à L... 12 livraisons successives à crédit pour une somme de 3.545 fr. 60, sans en avertir le liquidateur ; qu'il serait encore possible d'admettre que *la première ou les deux premières fournitures aient été consenties dans ces conditions*, mais qu'il n'est pas possible de méconnaître que l'Union des débiteurs a commis une faute grave en continuant pendant plusieurs mois sans accord avec le liquidateur, à livrer à L... des marchandises qui ne lui étaient pas payées.

« Attendu en conséquence, qu'en effectuant un nombre aussi considérable de fournitures à l'insu de Savary, l'Union des débiteurs s'est rendue non recevable à en réclamer le paiement par la masse, laquelle n'a d'ailleurs pas profité des opérations... »

On voit nettement l'opinion du tribunal : une ou deux livraisons rentreraient dans les pouvoirs du débiteur chargé de gérer le commerce, mais douze, c'est trop ; c'est là un acte grave qui exige l'assistance du liquidateur.

Cette jurisprudence fut confirmée par un second jugement du même tribunal du 2 juillet 1929 (1), dans l'espèce suivante : Le sieur Seurret, en état de liquida-

(1) Trib. com. Le Havre, 2 juil. 1929, *Gaz. Pal.* 1929.II.767.

tion judiciaire et ayant obtenu l'autorisation de continuer le commerce, avait, à l'insu du liquidateur, emprunté à Schneider une somme de 1.400 francs. Schneider réclama le remboursement à la masse, en soutenant que l'autorisation donnée à Seurret permettait à celui-ci d'engager la masse, par n'importe quel acte juridique.

Le Tribunal de commerce du Havre décida que :

« Bien que par application de l'article 6 de la loi du 4 mars 1889, le liquidé judiciaire qui a obtenu l'autorisation de continuer son commerce, n'ait pas besoin de l'assistance de son liquidateur, pour chacun des actes de son commerce, cette autorisation qui lui a été donnée de poursuivre ses opérations pour le bien de la liquidation ne s'entend que de la réalisation des affaires courantes au bénéfice de la masse.

« Mais le liquidé ne peut contracter de nouvelles obligations, ni disposer en quoi que ce soit de son actif sans le concours du liquidateur.

« Dès lors ne saurait être admis à titre privilégié (*mieux vaudrait dire préférentiel*) au passif de la liquidation, le montant d'un prêt consenti par un tiers, sans autorisation du liquidateur, au liquidé autorisé à continuer son commerce. »

Ici le tribunal affirme donc que tout emprunt, si faible en soit l'importance, il ne s'agissait que de 1.400 francs, sort des pouvoirs des débiteurs quand ils agissent seuls. Il est seulement très regrettable que les juges consulaires aient commis ensuite la confusion d'admettre dans la masse la créance du prêteur. C'est là une solution absolument incompréhensible. Nous verrons que toute obligation née au cours de la procédure de faillite ou de liquidation, ne peut être que dette de la masse, ou dette

du failli ou du liquidé restée *en dehors* de la faillite ou de la liquidation, mais jamais dette *dans* la masse, car celle-ci suppose nécessairement une créance née *avant* le jugement déclaratif.

Dans cet état des faits, mieux aurait valu pour le demandeur fonder son action en remboursement sur l'enrichissement incontestable que le prêt avait fait réaliser à la masse (1).

Il est curieux de rapprocher de ces deux jugements du Tribunal de commerce du Havre, une décision du Tribunal de commerce de Fécamp du 22 août 1928, à qui avait été soumise une hypothèse assez extraordinaire (2).

Le sieur Avenel fut mis en liquidation judiciaire le 2 février 1927 et M^e Brichard nommé liquidateur. Dans leur première réunion, tenue le 28 août suivant, les créanciers furent d'avis que le commerce devait être continué. Mais à la suite d'une négligence du liquidateur, la requête aux fins d'autorisation ne fut présentée au juge-commissaire que huit mois plus tard environ et l'ordonnance rendue le 10 janvier 1928.

Or, entre temps, A... avait conclu différents marchés pour une somme totale de 13.797 fr. 85 avec le sieur Ballet. Ce dernier, pour avoir paiement, assigna A... et M^e B... ès qualités pour :

1° voir dire qu'il était créancier de la masse de la liquidation pour la dite somme plus les intérêts de droit et les dépens ;

(1) Sur l'exercice de l'action « *de in rem verso* » contre la masse, voir *infra*, Deuxième partie, titre II, p. 305.

(2) Trib. com. Fécamp, 22 août 1928, *Gaz. Pal.* 1929.I.108,

2° subsidiairement, et pour le cas où le tribunal estimerait que les opérations antérieures à l'ordonnance du juge-commissaire, sont inopposables à la masse, condamner A... et B... personnellement et solidairement à lui payer les dites sommes en raison de la faute commise par eux, en tardant à demander l'autorisation du juge-commissaire, ce qu'ils auraient dû faire dans le plus bref délai.

Le tribunal estima que « le commerçant en état de liquidation judiciaire peut agir seul pour tous les actes relatifs à son commerce, mais seulement après l'accomplissement des conditions édictées, par l'article 6 de la loi du 4 mars 1889.

« Cependant si après un avis favorable exprimé par la première réunion des créanciers, le commerçant a continué son commerce, alors que la requête du liquidateur en autorisation et l'ordonnance du juge-commissaire donnant l'autorisation, ne sont intervenus que postérieurement, la situation de fait qui existait s'est trouvée régularisée.

« Et l'acte de commerce accompli par le commerçant est opposable à la masse sans qu'on puisse rechercher le liquidateur comme personnellement responsable pour n'avoir fait autoriser que tardivement la continuation du commerce ».

Dans cette hypothèse encore, le demandeur aurait pu se prévaloir d'un enrichissement réalisé par la masse (1).

Par analogie pourrait-on conclure dans le cas où le débiteur aurait accompli seul un acte qui exigeait le concours du liquidateur, que celui-ci pourra valablement

(1) Voir la note 1 de la page 134.

le ratifier par la suite, ou bien au contraire, cette rectification n'empêchera-t-elle pas le liquidateur de se prévaloir plus tard de la nullité de l'obligation à l'égard de la masse ?

La question ne s'est encore jamais présentée devant les tribunaux, nous pensons que l'on doit étendre à cette hypothèse, la solution admise en matière de société, et décider, comme l'a fait le Tribunal de Fécamp pour le défaut d'autorisation du juge-commissaire, que la ratification couvre la nullité (1).

En tout cas, un point reste certain : le liquidé assisté du liquidateur, ou même agissant seul, pour les actes d'administration de faible importance, jouit à l'égard de la masse des mêmes pouvoirs que le syndic. *Ce que nous disons de celui-ci s'appliquera de plein droit à celui-là. Il ne sera plus nécessaire de le rappeler.*

Inversement, le liquidateur peut-il faire seul des actes d'administration ? Il ne peut imposer au liquidé la continuation du commerce, si celui-ci la juge inutile. L'article 6 de la loi du 4 mars 1889, le dit expressément, mais en vertu des §§ 1^{er} et 2 de ce même article, le liquidateur peut, en cas de négligence du liquidé, « faire tous les actes conservatoires et d'administration, avec l'autorisation du juge-commissaire et même exercer une action en justice, sans cette autorisation, en mettant en cause le liquidé ».

(1) Cependant, dans son arrêt précité du 17 juin 1897, D. 1898.1.521, la Chambre des Requêtes a admis implicitement que l'intervention postérieure du liquidateur ne peut valider une action en justice ou un appel introduits par le liquidé judiciaire agissant seul. Voir *supra*, p. 123.

La Cour d'Appel de Nîmes (1), a jugé en ce sens par un arrêt du 15 juin 1907, que « le liquidateur autorisé par le juge-commissaire a qualité pour résilier un contrat de location de futailles passé par le failli, qui n'offrirait aucun intérêt pour la masse et dont la continuation lui imposerait, au contraire, des charges onéreuses » (2).

(1) Nîmes, 15 juin 1907, D. 1909.2.297 ; S. 1910.2.182.

(2) Dans le même sens, RIGOT-MULLER, thèse, Lyon, 1934, p. 24 et s.

CHAPITRE II

Contrats nouveaux souscrits par le syndic et contrats anciens continués par lui ès-qualités

SECTION I. — CONTRATS NOUVEAUX SOUSCRITS PAR LE SYNDIC

Dans la limite des pouvoirs qui leur sont accordés, le syndic, ou le liquidé avec ou sans le concours du liquidateur suivant les cas, pourront conclure, au nom de la masse, toute espèce de contrats.

Ces contrats devront répondre à toutes les conditions de fonds exigées par la loi : consentement valable, capacité (ou plutôt ici : être accomplis dans la limite des pouvoirs de leur auteur), objet et cause licites, et aux conditions de forme dans le cas où la loi en prévoit.

Ils seront signés par le syndic ou par le liquidé et le liquidateur ; syndic et liquidateur feront suivre leurs noms de la mention « ès qualités de syndic de la faillite... » ou « ès qualités de liquidateur de la liquidation... ». Le débiteur, dans les cas où il aura agi seul, fera bien de joindre à sa signature la mention : « admis au bénéfice de la liquidation judiciaire par jugement du tribunal de commerce de..., en date du..., autorisé à

continuer le commerce par ordonnance de M. le juge-commissaire, du... »

Aucun de ces points ne peut donner lieu à contestation. Une fois la convention régulièrement signée, la masse est obligée sur son patrimoine, exactement comme pourrait l'être, sur son capital, une société anonyme par son conseil d'administration. Elle devra prélever sur son actif le montant de sa dette et le verser à son créancier, avant de pouvoir partager quoique ce soit entre ses membres. Et si par exemple, le créancier a permis par sa prestation de libérer la masse d'une dette chirographaire ou d'une dette privilégiée, il n'a besoin de prévoir au contrat aucune subrogation aux droits du créancier payé, car créancier de la masse, il n'exerce pas le droit du créancier privilégié, mais un droit qui lui est propre et tire son origine du contrat conclu par cette masse.

Ce sont là les conséquences naturelles de la personnalité morale de la masse et, il semblerait qu'il n'y eût place pour le moindre doute quant à la nature de la créance ou la source de son droit de préférence. La Chambre des Requêtes a dû cependant rappeler récemment ces principes élémentaires :

La société Southern Coalfield of France Limited fut déclarée en faillite le 10 juin 1928, par jugement du Tribunal civil de Rodez, statuant commercialement. Le juge-commissaire autorisa la continuation de l'exploitation de la mine. Le 17 juin 1921, les syndics empruntèrent à la Chambre de compensation des houillères du Lot et de l'Aveyron, une somme de 80.000 fr., destinée au règlement des salaires privilégiés et émoluments du personnel. Mais dans l'ordre ouvert, la Chambre de

compensation ne put obtenir qu'une admission chirographaire ; elle demanda en justice à être colloquée en qualité de créancière de la masse. La Cour d'appel de Montpellier fit droit à ses conclusions. Les syndics se pourvurent en cassation pour violation et fausse application des articles 462 et suivants, 490, 532, 552, et 550 C. com., 1134, 1250, §§ 1 et 3 C. civ., et de l'article 7 de la loi du 20 août 1810, ce dernier point visant le défaut de motif et le manque de base légale.

La Chambre des Requêtes, par arrêt du 13 juin 1928 (1), rejeta le pourvoi pour les motifs suivants :

« Attendu qu'il résulte de l'ensemble des motifs de l'arrêt attaqué que l'acte d'emprunt est postérieur à la déclaration de faillite ; qu'il a été régulièrement souscrit par les syndics agissant au nom de la masse des créanciers ; que les avantages ainsi obtenus par le versement de la somme convenue et son incorporation à l'actif de la faillite ont profité directement à la masse, qu'ils ont permis au syndic de continuer l'exploitation de la mine, et que dès lors la Chambre de compensation qui n'avait à stipuler à son profit aucune subrogation aux droits des créanciers privilégiés réglés, n'était pas soumise à la collocation par voie de dividende, qu'elle avait droit au remboursement de la dette et devait être colloquée comme créancière de la masse de la faillite... »

La Chambre des Requêtes proclame donc en principe : Quand le syndic a conclu une convention dans la limite de ses pouvoirs, la masse qui en a retiré le bénéfice est obligée. Il ne faudrait d'ailleurs pas se méprendre sur le

(1) Req., 13 juin 1928, S. 1928.1.365 ; D. H. 1928, p. 400, et, dans le même sens, Paris, 24 janv. 1899, *Le Droit*, n° du 20 sept. 1899.

sens du profit retiré par la masse. La Chambre des Requêtes rappelle simplement que dans un contrat synallagmatique, les deux prestations échangées sont mutuellement la « cause » l'une de l'autre, et que par conséquent la personne pour le compte de qui la première prestation a été accomplie, doit fournir la contre-prestation. Il ne faudrait pas en conclure que pour être obligée, la masse doit avoir retiré du contrat un « bénéfice » (1) au sens que la Cour de Cassation donne à ce terme en matière de société. Il se pourrait que la continuation de l'exploitation fut déficitaire et accroisse le passif de la masse, ou bien que la valeur fournie par le tiers contractant fut détournée par le syndic, la masse n'en resterait pas moins obligée, sauf son recours civil dans le premier cas, s'il y a faute commise, pénal dans le second, contre le syndic. Il suffit au sens de la Cour de Cassation, que le tiers contractant et le syndic aient la commune intention de traiter au profit de la masse pour que celle-ci soit obligée.

SECTION II. — CONTINUATION DES CONTRATS DU FAILLI PAR LE SYNDIC ÈS QUALITÉS (2)

Ce ne sont pas seulement des contrats nouveaux que le syndic devra conclure pour assurer l'exploitation du commerce du failli. Bien souvent en étudiant la situation du fonds, il s'apercevra que le failli avait conclu, à des

(1) Cf. PRÉVOST et HÉREIL, *Des droits du bailleur dans la faillite du locataire*, p. 36 qui semblent admettre cependant une telle solution.

(2) Sur le sort après faillite, des contrats conclus par le commerçant encore « in bonis », consultez BONNICHON, *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire, sur les contrats antérieurs*

conditions très avantageuses, des contrats encore en cours d'exécution, et qu'il y aurait le plus grand intérêt à en assurer le bénéfice à la masse.

Ces contrats peuvent, à l'égard de la faillite, être divisés en deux catégories : les contrats conclus « intuitu personæ », pour lesquels, soit en raison de leur nature, soit de la volonté des parties, l'exécution de l'obligation par le failli en personne a été la cause déterminante de l'accord.

Deux cas se présenteront : ou bien la prestation promise n'exige pas que le débiteur dispose de son patrimoine ; tel est le cas, par exemple, du façonnier. La faillite restera sans effet à l'égard du contrat puisque le dessaisissement ne peut empêcher le débiteur de travailler les objets fournis par le client.

Ou bien, au contraire, l'exécution de l'obligation est susceptible de faire naître de nouvelles dettes. Or, le commerçant est dessaisi de son patrimoine, et la masse ne peut fournir la prestation, car c'est l'attente d'une exécution personnelle qui a déterminé l'accord des parties. La déclaration de faillite devra donc résoudre la convention. C'est la solution à laquelle s'est arrêté le Code civil en matière de sociétés de personnes (article 1865) (1) et de mandat (article 2003) (2). La jurispru-

valablement conclus, Thèse, Paris, 1900, et aussi, POCHET, *Des effets du jugement déclaratif sur les contrats synallagmatiques antérieurs*, Thèse, Paris, 1897, et SOUCHON, *De l'exécution du contrat synallagmatique passé par le failli antérieurement à la faillite*, thèse Paris, 1889 ; PERCEROU, *op. cit.*, II, n^{os} 876 et suiv. ; LYON-CAEN et RENAULT *op. cit.*, III, n^{os} 888 et suiv.

(1) La faillite entraîne la dissolution des sociétés de personnes, sauf clause prévoyant leur continuation avec les associés restés « in

dence l'a étendue à l'ouverture de crédit (3). L'engagement souscrit par la masse d'exécuter l'obligation du failli pour recueillir la contre-prestation ne saurait même pas éviter cette résiliation. Le tiers contractant a eu l'intention de traiter avec un commerçant « in bonis ». Les déchéances personnelles qui sont la conséquence de la faillite ne lui permettraient pas de recevoir entière satisfaction.

La seconde catégorie comprend les contrats conclus « intuitu pecuniae », dans lesquels, seules les prestations à échanger, et non les qualités personnelles aux participants, ont été la cause essentielle de l'accord. Ce sont les plus nombreuses ; nous citerons la vente ou le louage.

Deux situations peuvent également se rencontrer :

Ou bien le tiers contractant aura déjà effectué entièrement sa prestation, tandis que le failli n'a pas été en

bonis » ; en ce sens : LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VIII, n^o 885 et suiv. ; PERCEROU, *op. cit.*, II, n^os 879 et suiv. ; AUBRY et RAU, *op. cit.*, VI, § 384, 5^e éd. ; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, XI, n^o 1062 ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, n^o 783 ; Paris, 5 janv. 1853, S. 1854.2.341 ; Poitiers, 26 nov. 1892, *Journ. Faill.*, 1894, p. 366 ; Paris, 30 nov. 1904, *Journ. Faill.*, 1906, p. 67 ; Riom, 21 mai 1884, D. 1885.2.86, et, sur pourvoi, Req., 10 mars 1885, D. 1885.1.447.

(2) Elle entraîne la caducité du mandat et du contrat de commission, qu'il y ait faillite du mandant ou du mandataire, du commettant ou du commissionnaire. En ce sens : LYON-CAEN et RENAULT, même référence que note précédente ; PERCEROU, même référence que note précédente ; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, XI, n^o 1495 ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, n^o 951 ; Amiens, 21 mars 1891, D. 1892.2.305 ; Civ., 31 juil. 1912, D. 1913.1.81 (note PERCEROU), S. 1913.1.84.

(3) Ainsi que de l'ouverture de crédit : LYON-CAEN et RENAULT, PERCEROU, mêmes références que ci-dessus ; Cass., 18 janv. 1887, D. 1887.1.278 ; Cass., 8 mars 1897, *Journ. Faill.*, 1897, p. 243 ; Poitiers, 7 nov. 1898, *Journ. Faill.*, 1899, p. 113.

mesure de payer sa dette : la valeur fournie est définitivement acquise au patrimoine du failli, et par conséquent mise sous la main de la masse, sans que le créancier puisse exercer l'action résolutoire ni, s'il s'agit d'un vendeur, l'action en revendication, ni les privilèges établis par l'article 2102 C. civ. (art. 550 et 576 C. com.). Créancier du failli, il deviendra simplement créancier dans la masse. C'en est là le cas type.

Ou bien au contraire, la prestation du tiers contractant ne sera pas encore accomplie ou sera en cours d'exécution au jour du jugement déclaratif.

Cela se produira soit en cas de contrats instantanés pour lesquels un terme avait été convenu, soit en cas de contrats successifs comportant une série de prestations s'échelonnant à des termes fixés par la convention (marché de fournitures), ou une prestation continue pour une durée déterminée (location).

Quels seront alors les droits de ce contractant après la faillite de l'autre partie ? Un point est certain, la faillite n'est pas en elle-même une cause de résiliation de telles conventions. La Chambre civile de la Cour de Cassation l'a affirmé dans quatre arrêts successifs (1), et la question n'est plus aujourd'hui discutée.

Mais la faillite fait présumer d'une façon certaine que l'exécution de l'obligation du débiteur ne sera au mieux que partielle. Le cocontractant aura alors le choix, suivant son intérêt ou d'accomplir son engagement et d'entrer dans la masse, — il sera alors dans la même situation

(1) Civ., 1^{er} déc. 1886, D. 1887.1.102 ; Civ., 16 fév. 1887, D. 1887.1.207 ; Civ., 5 août 1889, D. 1890.1.298 ; Civ., 15 janv. 1900, D. 1901.1.25

que s'il s'était exécuté avant le jugement déclaratif, — ou de se prévaloir du manquement probable du failli, pour se refuser d'abord à fournir sa propre prestation, en invoquant l'exception « non adempti contractus », et ensuite comme cette situation ne saurait se prolonger, pour exercer l'action résolutoire qu'il tient de l'article 1184 C. civ.

Exception « non adempti contractus » et action résolutoire ont d'ailleurs le même fondement : la cause de l'obligation du tiers contractant était d'abord de recevoir la prestation du failli. Dès l'instant où il devient certain que la prestation attendue ne sera pas ou ne sera que partiellement exécutée, cette obligation devient sans cause et cesse d'exister.

Et c'est cela précisément qui permet au syndic d'assurer à la masse le bénéfice du contrat. Il lui suffira de s'engager ès qualités, à exécuter intégralement sur l'actif de celle-ci l'obligation incombant au failli pour paralyser l'exception et l'action résolutoire du cocontractant. Les articles 578 et 346 C. com. font application de ce principe à la vente, et à l'assurance maritime, il convient de le généraliser et de l'étendre à tous les contrats synallagmatiques du même genre.

Désormais, ce dernier ne sera plus exposé à recevoir un paiement en dividende comme associé dans la masse. Par l'intervention de cette personne morale aux côtés du failli, il est devenu « créancier de la masse » avec tous les droits attachés à cette qualité. Or, la masse est solvable. Elle possède un patrimoine propre, plus riche même que celui du failli. En conséquence, l'obligation du tiers contractant aura une cause : l'engagement pris par la masse d'exécuter l'obligation du failli. Et c'est au

contraire l'exception d'inexécution et l'action résolutoire qui manqueront de motifs.

Le créancier ne pourra que contester la solvabilité de la masse en prétendant qu'elle ne possède pas un actif suffisant, et demander au syndic une garantie supplémentaire sous la forme par exemple d'une caution, ainsi que le prévoient les articles 1613 C. civ. pour la vente et 346 C. com. pour l'assurance maritime.

Le syndic n'est cependant jamais obligé de les lui accorder ; la partie adverse ne pourra que s'adresser au tribunal de commerce. Mais, alors que sans l'intervention de la masse, il lui suffirait de rapporter la date du jugement déclaratif, pour obtenir la résiliation, sauf au syndic à apporter la preuve impossible d'un dividende de 100 %, désormais la situation sera renversée. L'objet principal du débat ne sera plus la résiliation de la convention, mais la solvabilité de la masse, et c'est, conformément au droit commun, au créancier demandeur qu'il appartiendra de fournir les preuves à l'appui de sa demande de caution, ou à défaut, de résiliation. Le syndic lui, n'aura rien à établir, sinon l'existence de son engagement, d'ailleurs incontestée.

La Cour de Douai, dans un arrêt récent, du 20 mars 1926, a fait application de ces principes en décidant (1) que :

« Le syndic peut, aux termes de la loi, prendre le contrat pour le compte de la masse et en poursuivre l'exécution, de même qu'il peut céder à des tiers les droits résultant du contrat, qu'il n'est nullement tenu,

(1) Douai, 20 mars 1926, *Rec. Douai*, 1926, p. 130 ; *Rec. du Havre*, 1926.2.169.

s'il opte pour l'exécution du marché à livrer, de donner, outre la promesse de paiement complet, d'autres garanties d'exécution intégrale, ni même de fournir caution par avance. »

Un point cependant peut étonner. Comment la seule volonté du syndic suffit-elle à priver le tiers contractant de l'action résolutoire qui lui était incontestablement acquise, et à substituer la masse au failli dans le bénéfice du contrat.

C'est qu'en réalité, il n'y a pas là une novation qui exigerait en effet l'agrément de l'autre partie, mais continuation du contrat passé par le failli et exécution de l'obligation même qui lui incombait et qui, par hypothèse, ne demandait aucune qualité personnelle.

La masse est investie de tous les droits et actions du failli, elle exige l'exécution pure et simple des engagements dont celui-ci était créancier. En échange, elle ne doit reconnaître au cocontractant du failli, comme à tous les autres créanciers de celui-ci, que la qualité de créancier dans la masse, et une part d'associé dans le groupement qu'elle constitue. Mais le cocontractant pourrait répondre alors par une demande de résolution de ses engagements. Pour l'en empêcher elle intervient aux côtés du failli dont jusqu'à présent elle s'était borné à exercer les droits, et par un acte de sa volonté librement consentie, elle se constitue codébitrice de l'obligation de celui-ci.

Le cocontractant aura désormais deux droits :

1° D'abord sa créance contre la masse en vertu de l'engagement pris par le syndic d'exécuter la prestation du failli en échange de celle à lui promise.

2° Et aussi sa créance contre le failli, puisque le contrat qui les liait n'est pas résilié. Ce droit est sans utilité pratique, sans doute, mais peut cependant retrouver une certaine efficacité, au cas où l'obligation de la masse serait atteinte d'une cause de nullité personnelle au syndic : erreur, violence ou dol, ou bien si l'actif de la masse n'a pas suffi au paiement. Après sa dissolution le cocontractant pourrait exercer sa créance contre le failli devenu à nouveau solvable (1).

Il y a là un point essentiel qu'il convient de souligner : l'exécution volontaire de son obligation par le cocontractant du failli ne peut lui conférer aucun droit contre la masse, parce qu'il n'est uni à elle par aucun lien juridique. C'est en vertu de la convention conclue avec le failli qu'il a fourni sa prestation ; c'est du failli seulement qu'il est créancier, et donc il ne peut prétendre à autre chose qu'à être reconnu créancier dans la masse. Pour qu'il bénéficie d'un droit nouveau, il faut un fait générateur nouveau, qui est précisément l'engagement que prendra le syndic *ès* qualités.

Nous y insistons longuement, parce qu'en effet, si le syndic a parfois intérêt à s'assurer le bénéfice de certains contrats, il s'ensuit nécessairement que c'est l'adversaire qui aura intérêt à continuer les autres avec la masse, et il prétendra que cette continuation lui est acquise, en soutenant :

Ou bien que le syndic a repris tacitement le contrat ; on discutera alors sur la nature des faits dont on peut déduire cette intention.

(1) Cf. 1^{re} partie, p. 108.

Ou bien que le syndic doit être présumé l'avoir repris par le seul fait qu'il ne l'a pas résilié, dans le cas où le contrat était résiliable au gré des parties.

Ou bien enfin que le syndic est tenu d'exécuter tous les contrats en cours quand ils sont à terme déterminé. Il suffirait donc au créancier de continuer sa prestation pour obliger la masse à remplir l'engagement du failli.

Nous allons examiner le bien fondé de ces prétentions pour chacun des contrats passés par le failli.

CHAPITRE III

Le Louage

SECTION I. — LE LOUAGE D'OBJETS MOBILIERS (1)

Des trois variantes du contrat de louage, le louage d'objets mobiliers est celle qui se rencontre le plus souvent dans les faillites et donne lieu à une jurisprudence aussi riche que divergente.

Il est en effet d'usage pour le négociant en vins de louer les fûts, barriques ou wagons-foudres nécessaires à son commerce, pour le négociant en grains ou en ciment, les sacs, pour l'usinier certaines machines, et aussi parfois pour l'armateur les bâches et cordages de ses navires.

La faillite du bailleur reste sans effets sur le contrat (2). Sa résiliation n'apporterait aucun avantage à la masse devenue créancière des loyers, et la durée des locations

(1) Sur le louage d'objets mobiliers en cas de faillite du locataire, consulter : PERCFROU, *op. cit.*, II, n^{os} 895 et suivants ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n^o 474 ; LACOUR et BOUTERON, II, n^o 2021 ; BONNICHON, thèse précitée, Paris, 1900.

(2) A moins que le locataire ne fût devenu créancier du bailleur, en raison d'une inexécution du contrat par ce dernier. Il ne pourrait naturellement que produire à la faillite du bailleur,

n'est pas en général assez longues pour gêner sérieusement la liquidation de la faillite.

L'obligation du bailleur est d'ailleurs indivisible par sa nature, on ne conçoit pas comment la masse pourrait n'assurer au locataire qu'une jouissance partielle des objets loués.

De plus le locataire pourrait à notre avis exiger la continuation de son bail, même s'il n'a pas date certaine puisqu'il s'agit d'un contrat commercial, en invoquant l'article 1743 C. civ. qui rend la location opposable non seulement à l'acquéreur, mais à tout titulaire d'un droit réel sur l'objet loué du chef du bailleur. Il suffira donc au premier de payer son loyer non plus au propriétaire mais au syndic pour que rien ne soit changé à son égard.

§ I. — *Exposé du conflit*

La faillite du locataire bien au contraire, provoquera de nombreuses difficultés : le louage des objets mobiliers, en effet, qu'il s'agisse de bâches, de sacs, de fûts, ou de barriques, est en général conclu pour une durée indéterminée, ou pour une période très courte, un mois le plus souvent. Il se renouvelle par tacite reconduction de jour en jour ou de mois en mois jusqu'à résiliation par le locataire, résiliation qui, par une clause devenue de style dans cette catégorie de contrats, ne peut s'opérer que par la restitution des objets loués, ou à défaut par le paiement de leur valeur telle qu'elle est estimée au contrat. Quelquefois cependant si la location est demandée, non plus pour les besoins généraux du négoce, mais en vue d'une affaire particulière, elle sera

conclue pour une durée fixe : trois mois, six mois, un an.

Le locataire, suivant la nature des objets loués, ou bien les utilisera dans ses magasins ou bien les expédiera à son client avec les marchandises vendues en spécifiant qu'après acceptation, ils devront lui être retournés ou être renvoyés directement au loueur. D'autre fois, si l'acheteur déclare qu'il veut conserver pendant un certain temps les marchandises dans leur logement, le vendeur les lui sous-louera moyennant un loyer généralement égal à celui qu'il paye à son propre loueur. Parfois encore il se bornera à prêter les sacs ou les fûts à l'acheteur pour la durée demandée en majorant légèrement le prix de vente des grains, des ciments, ou des vins. Il est en effet d'usage de vendre plus cher les marchandises livrées logées.

Dans tous ces cas, deux obligations naissent à la charge du locataire principal envers le loueur : payer les loyers convenus, restituer les objets loués à l'expiration du bail ou payer leur valeur fixée par le contrat sous le terme de « consignation ».

Quels seront les effets de la faillite du locataire sur l'exécution de ces obligations ?

Conformément aux principes que nous avons rappelés, ce contrat qui n'est pas convenu en raison des qualités personnelles aux parties, n'est pas résolu de plein droit par le jugement déclaratif, à moins de clause contraire expressément inscrite. Mais le loueur peut en demander la résiliation judiciaire et de son côté le syndic peut paralyser l'action résolutoire en déclarant reprendre le contrat à la charge et au profit de la masse. Il peut enfin le résilier expressément en restituant les objets loués au jour de son entrée en fonction, si la location

est sans durée déterminée, à l'expiration de la période en cours, dans le cas contraire. Mais si, ni le loueur, ni le syndic ne prennent l'initiative de rendre la situation nette que deviendra le contrat ?

Les loueurs et les syndics ont opposé devant les tribunaux deux prétentions absolument contraires.

§ 2. — *Prétentions opposées des loueurs et des syndics*

Les loueurs en effet et particulièrement une maison spécialisée dans la location des sacs et des bâches, la Société Saint Frères, qui depuis une quarantaine d'années a plaidé avec une fortune diverse devant toutes les juridictions, ont soutenu un système juridique aux termes duquel, à moins que le syndic n'ait restitué, dès son entrée en fonctions, tous les objets loués, la masse serait tenue de plein droit du loyer de ceux renvoyés tardivement et de la consignation de ceux égarés ou détruits, à moins qu'elle ne fit la preuve d'une cause légale d'exonération ; point de vue approuvé par un certain nombre d'auteurs qui examinèrent, soit dans des notes parues dans les différents recueils de jurisprudence, soit dans des articles de revues, les décisions intervenues.

M. Jules Valéry, professeur à la Faculté de Droit de Montpellier, dans toute une série de notes dont trois se détachent en raison des justifications de principe qu'elles contiennent (1) et dans un article des *Annales de Droit commercial* de 1902, et M. Gaston Roussel dans un article paru ces dernières années à la *Revue Critique de*

(1) Jules VALÉRY, *Des effets de la faillite sur le louage d'objets mobiliers* (*Annales de Droit commercial*, 1902, p. 300, et notes sous Req., 9 nov. 1904, D. 1905.1.489 ; Req., 16 mars 1909, D. 1910.1.137 ; Bordeaux, 4 avril 1924, *Gaz. Pal.*, 1924, II, 321).

législation et de jurisprudence (1), ont résumé les prétentions des loueurs et fourni à leur appui un certain nombre d'arguments d'ordre juridique, ou fondés sur l'équité.

Leur argumentation peut se résumer en un point : la masse est l'ayant cause du failli, dont elle doit respecter ses engagements, comme l'héritier doit tenir ceux de son auteur, le donataire ceux du donateur, l'acquéreur ceux du vendeur.

Elle n'est et ne peut être que son ayant cause sou-tiennent-ils parce que, s'il est de principe que les contrats n'ont effets qu'entre les parties, ils en produisent cependant à l'égard des personnes qui y ont été représentées, ce qui est bien le cas des créanciers du failli et par voie de conséquence du consortium ou plutôt de la société d'une nature particulière formée pour exercer leurs droits. En effet déclare M. Valéry, quand une personne passe des contrats, elle agit non seulement en son nom personnel, mais aussi en celui de ses créanciers. Tout se passe comme si ces derniers lui avaient donné mandat de gérer, dans leur intérêt, son exploitation qui forme leur gage. Vient-il à cesser ses paiements, le mandat est révoqué, et les créanciers gèrent alors directement ses affaires en raison de l'incapacité qu'il est censé y avoir montrée. Alors, mais alors seulement, ils deviennent des tiers par rapport à lui, et tous les actes juridi-

(1) Gaston ROUSSEL, *Du louage d'objets mobiliers et des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur le contrat* (*Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1930, p. 561), et RIGOT-MULLER, *L'exploitation du commerce pendant la faillite*, thèse, Lyon. 1934, p. 60.

ques qu'il pourra faire par la suite leur sont inopposables. Au contraire, pour les actes antérieurs, ils sont dans la situation de tous les mandants : obligés par les contrats du mandataire comme s'ils les avaient conclus eux-mêmes.

Et les loueurs avec les auteurs qui défendent leurs points de vue en tirent les conclusions suivantes :

1° Lorsque les objets loués se retrouvent au jour de la faillite dans l'actif du locataire, le contrat n'est pas résilié mais le bailleur pourra en demander la résiliation en justice aux termes des articles 1184 et 1188 C. civ. (ce dernier article visant le contrat à terme fixe).

2° Si le bailleur ne demande pas la résiliation, et en pratique il la demandera rarement car il a plutôt intérêt à voir la location se continuer, deux cas doivent être envisagés :

Ou le bail est à durée indéterminée : le syndic peut le faire cesser quand il le veut, mais dans les mêmes conditions que le failli lui-même, c'est-à-dire en restituant les objets loués, ou en payant leur valeur.

Ou bien la location a été conclue pour une durée déterminée : le syndic ne peut en imposer la résiliation au bailleur, mais seulement convenir d'une résiliation amiable. A défaut d'un tel accord, le bail continue, mais avec qui ? Dans sa note de 1904, M. Valéry disait « avec le failli », le bailleur serait alors créancier dans la masse ; mais dans sa note de 1924, il a fini par se rallier au point de vue des loueurs et soutient que la location se continue de plein droit avec la masse qui pourra simplement sous-louer les objets fournis.

3° Les objets ont-ils péri avant l'ouverture de la faillite ? Le loueur ne sera que créancier dans la masse paya-

ble au marc le franc, mais comme la masse est personnellement obligée à la restitution, c'est au syndic à prouver que les objets avaient disparu au jour de la faillite, ou bien qu'ils ont péri depuis par cas fortuit ou force majeure, ce qui libérerait et la masse et le failli.

Il ne suffirait pas d'ailleurs de prouver que le failli les avait donné en dépôt ou en sous-location, la masse, qui peut les réclamer, serait présumée avoir continué la location et resterait débitrice, sauf son recours contre les tiers détenteurs.

A défaut d'une telle preuve la masse sera présumée, prétendent les loueurs, avoir trouvé tous les objets non restitués dans l'actif du failli et restera débitrice des loyers jusqu'au jour où il plaira au syndic de résilier la location, c'est-à-dire de payer la valeur fixée au contrat.

Il est enfin, ajoutent-ils, des raisons d'équité qui doivent faire adopter ces conclusions. Le preneur est mieux placé que le bailleur pour veiller sur la chose louée après livraison des objets. Le loueur ne peut connaître l'usage qui en sera fait, si le locataire les gardera en magasin, s'il les prêtera à ses correspondants pour loger les marchandises vendues, ou s'il préférera les leur sous-louer. Faute de savoir où ils se trouvent le propriétaire sera souvent embarrassé pour réclamer les objets loués. Le saurait-il, qu'en exigeant la restitution de son matériel, il mettrait le correspondant du failli dans l'obligation de se débarrasser de ses marchandises ou d'en louer un autre. En s'abstenant de revendiquer, il rendra donc service à la masse qui serait exposée à une demande en dommages-intérêts. Il est donc équitable qu'elle soit débitrice de la valeur de ces objets, puisqu'elle aura continué à profiter de la location après la déclaration de

faillite. En outre, disent encore les loueurs, si le syndic n'est pas stimulé par la crainte d'avoir à payer une forte indemnité au bailleur, il ne mettra aucune diligence à rechercher ces objets, et comme il est le seul à pouvoir facilement les réclamer, le propriétaire n'aurait, par sa faute, le plus souvent qu'un paiement partiel de leur valeur.

A ces prétentions, les syndics répondent par une autre explication juridique de la continuation du contrat, qui est, il faut le souligner, suivie par l'immense majorité de la Doctrine et notamment par MM. Percerou (1), Lacour et Bouteron (2), Wahl (3), Lyon-Caen et Renault (4), Naquet (5), Albert Chéron (6), Denisse (7).

Sans doute, disent-ils, la masse en tant qu'elle exerce les droits du failli est tenue aux mêmes obligations que lui et dès lors si elle veut faire cesser complètement la location à durée indéterminée, elle ne peut imposer sa résiliation au bailleur qu'en lui restituant les objets ou en lui en payant la valeur convenue. Mais de l'exécution de cette obligation là, comme de toutes les autres obligations du failli, elle n'est tenue qu'en monnaie de dividende. Si le contrat n'est pas résilié, il continue, mais à la charge du failli seulement et donc le bailleur n'aura droit qu'au paiement partiel de son loyer, comme d'ailleurs de la valeur des objets perdus. Il sera un simple « associé dans la masse ».

(1) PERCEROU, *op. cit.*, n^o 896 et suiv.

(2) LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, n^o 2021.

(3) WAHL, *op. cit.*, n^o 2566 et s.

(4) LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n^o 474.

(5) NAQUET, note, S. 1910.1.289.

(6) ALBERT CHÉRON, notes au D. 1931.2.61 et D. 1927.2.31.

(7) DENISSE, note *Pand. Franç.*, 1906.1.309.

Pour obliger personnellement la masse, il faut un acte de volonté exprès ou tacite du syndic, qui ne peut se déduire du fait seul qu'il n'a pas résilié la location, alors surtout, que si cette location était convenue pour une durée déterminée, il ne le pourrait faire. Une telle présomption de continuation ne peut être déduite du silence du syndic parce que la masse est un *tiers* par rapport au failli. Elle n'est tenue aux obligations de celui-ci que si elle a bien voulu les reprendre.

Et donc à moins de rapporter une telle preuve, le bailleur ne pourra jamais réclamer paiement de ses loyers ou de la valeur des objets égarés, qu'en monnaie de dividende.

L'équité exige bien au contraire que ce soit le bailleur qui fournisse la preuve de la dette de masse et non pas le syndic la preuve de sa libération. En effet, il est d'usage que le correspondant du failli retourne directement au propriétaire les sacs, fûts ou bâches loués dont il n'a plus besoin. Le bailleur saura donc très facilement le nombre des objets qui lui restent dus, nombre que le syndic au contraire ignorera. Tout ce que les loueurs peuvent exiger des syndics, c'est de leur restituer les objets retrouvés en nature dans l'actif (article 575 Code com.), d'enjoindre aux détenteurs dont il aura retrouvé les noms sur les registres du failli de restituer ceux qu'ils possèdent, et enfin de leur fournir toute facilité de contrôle et de recherches dans les livres du failli.

Quant à la diligence du syndic, elle est suffisamment garantie par l'intérêt qu'il aura à réduire la créance que le bailleur pourrait faire valoir dans la masse pour les objets non restitués, créance qui diminuerait d'autant le

dividende réparti aux autres créanciers. Toute négligence grave de sa part constituerait d'ailleurs une faute dont le bailleur pourrait obtenir réparation, mais cette fois de la masse elle-même.

Enfin la jurisprudence a appliqué dans de nombreux arrêts un système intermédiaire. Elle déclare que sans doute la masse qui est un tiers ne peut être obligée par les conventions du failli que de la volonté de son syndic, mais que cette volonté doit être présumée du fait même de l'existence du contrat. En cas de silence du syndic, la location continue donc automatiquement avec la masse. Et il appartiendra au syndic d'éviter cette continuation en faisant part au loueur de son intention de résilier tout en lui restituant les objets qu'il aura retrouvés dans les magasins du failli et en lui renvoyant les autres au fur et à mesure de leur récupération.

A cette condition, les loyers dus jusqu'au jour de la restitution effective et la consignation des objets égarés resteront à la charge du failli et par conséquent dans la masse.

§ 3. — *Jurisprudence*

Masse tiers, masse ayant cause, c'est entre ces deux pôles qu'évolue la jurisprudence de ces cinquante dernières années.

Nous pouvons la diviser en deux périodes :

Jusqu'à l'arrêt du 26 avril 1906 qui consacre expressément la prétention des loueurs, les décisions étaient en général favorables à ces derniers.

Puis, dans les années qui suivirent, un lent revirement se produisit, d'abord timide et incertain, se mani-

festant par des décisions fondées sur l'équité pour des cas d'espèce, puis peu à peu, la Cour de Cassation éleva en principe sa jurisprudence nouvelle, jusqu'à un arrêt rendu ces tout derniers mois par la Chambre civile, qui consacre la thèse des syndics en des termes ne laissant plus guère place à controverses :

La Chambre civile de la Cour de Cassation se prononça pour la première fois sur un différend de cette nature par un arrêt du 27 mai 1879 (1). L'affaire se présentait dans les conditions habituelles : la maison Briaux, David et C^{ie} avait loué des sacs à Tor et Poussin à raison de 0,10 centimes par sac et par mois. Les locataires étant tombés en faillite, la Société B. D. et C^{ie} prétendit être créancière de la masse pour les loyers des objets non restitués, et pour leur valeur fixée par le contrat à 1 fr. 50. Le Tribunal de commerce de la Seine, par jugement du 25 juillet 1876 et la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 14 juillet 1877, repoussèrent la demande, parce qu'« elle constituait une revendication et que les sacs loués ne se trouvaient plus dans les magasins du failli ».

La Chambre civile rejeta le pourvoi et décida qu'en effet les objets mobiliers en location ne peuvent être revendiqués après la faillite du preneur que s'ils se retrouvent en nature dans ses magasins, et elle ajouta que :

« En cas de non représentation, le locateur ne peut poursuivre le paiement de ces objets par une action personnelle et directe contre la faillite ou contre le syndic, alors du moins qu'il n'est point établi que la faillite ait conti-

(1) Civ., 27 mai 1879, D. 1879.1.356 ; S. 1881.1.470.

nué la location des dits objets, quelle en a fait usage ou tiré profit ».

« Le locateur devenu simple créancier du failli peut simplement produire au passif et demander son admission aux distributions de la faillite, pour y prendre sa part au marc le franc et sans privilège ».

« La créance de location contre le failli ne peut produire des intérêts à l'égard de la masse après le jugement déclaratif de faillite ».

C'est, nous le voyons, la consécration pure et simple de la thèse des syndics. La masse est un tiers, bien que la Cour ne prononce pas ce mot, elle n'est obligée personnellement qu'aux dettes nées de ses contrats. Et, il appartient au demandeur de prouver conformément au droit commun une telle obligation ; faute d'apporter cette preuve, il sera créancier dans la masse aux conditions ordinaires.

Le même litige devait se présenter à nouveau quelques années plus tard dans une affaire Sassy contre Pantès et Darbes. Mais sous l'influence de la doctrine qui dominait alors, les parties soutinrent leurs prétentions en réclamant le bénéfice d'un soi-disant privilège, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 3 juillet 1885, puis la Chambre civile, dans un arrêt du 10 mai 1887, et sur renvoi la Cour d'Orléans le 15 février 1888, admirèrent cette explication (1).

Le conflit devait être arbitré par la Cour d'appel de Bordeaux, le 18 juillet 1898 (2). Le sieur Gauduchon

(1) *Supra*, 1^{re} partie, p. 23.

(2) Bordeaux, 18 juill. 1898, *Journ. Faill.*, p. 262.

avait loué des futailles au sieur Médina, admis depuis au bénéfice de la liquidation judiciaire. Toutes les futailles n'ayant pas été restituées, G. assigna M. et le liquidateur en paiement, en qualité de créance sur la masse, de la valeur des fûts non restituée et de leur loyer jusqu'au dit paiement.

La Cour fit droit à ses conclusions en ces termes :

« Attendu d'ailleurs qu'il importe peu que la masse des créanciers ait ou non profité des fûts loués à Mariano Médina. Qu'étant subrogée aux droits du liquidé ou du failli, elle se trouve substituée à ses obligations, et qu'elle est tenue de les exécuter dans les mêmes conditions qu'il les avait acceptées. »

A la thèse de la décision déjà ancienne de la Chambre civile, la Cour de Bordeaux en opposait une autre qui, faisant droit aux conclusions des loueurs, déclarait la masse obligée de plein droit à exécuter tous les contrats du failli, à moins qu'elle n'ait pu y mettre fin dans les conditions prévues.

Cependant, les tribunaux restaient hésitants. Le Tribunal de commerce de Narbonne jugeait au contraire, le 21 juin 1901 (1), « que la masse, pour être personnellement tenue, devrait avoir personnellement loué pour son compte et avoir personnellement contracté l'obligation de rendre les fûts par elle pris en location ».

« Qu'il n'est justifié ni même allégué qu'un pareil contrat eût été par elle consenti, qu'elle succède seulement aux engagements du failli qui avait loué et devait restituer les fûts. »

(1) Tribunal de commerce de Narbonne 21 juin 1901 *Journ. Faill.*, 1901, p. 465.

« Qu'elle est son simple ayant cause et comme telle responsable, mais en monnaie de dividende. Qu'au surplus, il est constant qu'elle n'a point fait usage personnellement ni tiré profit des fûts... »

Ce jugement est intéressant à plus d'un titre, et il est regrettable qu'il n'ait pas été soumis à l'appréciation de la Cour d'appel. Justifié par des motifs que l'on aurait aimé retrouver aussi explicites dans l'arrêt de Bordeaux, il est le premier à mettre en lumière la double qualité de la masse : Ayant cause du failli, quand elle use des droits de celui-ci, mais tenue alors seulement à n'exécuter ses obligations qu'en monnaie de dividende, Tiers, quand elle gère son patrimoine propre, et obligée alors personnellement sur ses biens, mais dans ce cas seulement. Nous retrouverons cette distinction en examinant le bien fondé des prétentions du loueur et du syndic.

Cependant la Cour d'appel de Bordeaux par trois arrêts successifs des 12 février, 19 mars, et 2 avril 1903 (1), maintenait son point de vue antérieur et décidait que : « lorsque le syndic n'accuse pas le failli d'avoir détourné les futailles prises en location et qu'il n'a pas déclaré au propriétaire sa volonté de résilier le contrat et de lui remettre les objets loués, il y a présomption qu'il a continué la location dans l'intérêt de la faillite, alors surtout qu'il serait exposé à des dommages-intérêts en réclamant la restitution immédiate des futailles aux tiers qui les détenaient contrairement au contrat de vente intervenu entre eux et le failli ».

(1) Bordeaux, 12 fév., 19 mars, 2 avril 1903 *Journ. Faill.*, 1903, p. 412.

Et spécialement dans la première espèce, la Cour ajoutait que « la masse de la faillite doit payer les loyers des fûts loués par le failli, alors même que le syndic aurait dénoncé le contrat de location, s'il n'a pas offert en même temps la restitution des fûts ».

Il s'agit bien cette fois d'une véritable décision de principe admettant la continuation de plein droit de la location avec la masse, faute par le syndic de l'avoir dénoncée dans les conditions prévues par le contrat.

La jurisprudence fut ébranlée, et un autre jugement du Tribunal de commerce de Roubaix, du 8 juillet 1904 (1), abandonna le vieil arrêt rendu par la Chambre civile en 1879 pour se rallier à l'avis de la Cour de Bordeaux, en décidant, au sujet d'une location de sacs consentie par la société Saint Frères à un minotier de Roubaix, que « la masse de la liquidation est subrogée de plein droit dans les obligations du contrat de location d'objets mobiliers intervenu entre le débiteur et des tiers. Spécialement elle est responsable du loyer des sacs donnés en location au débiteur jusqu'au jour de leur restitution, alors même que ces sacs ne se trouvent pas dans les magasins de celui-ci, mais entre les mains des clients auxquels il les a remis avec les marchandises. La masse est également responsable de la valeur des sacs qu'elle ne peut restituer, à moins que la liquidation ne rapporte la preuve de leur anéantissement. »

Dans cette décision, le tribunal admet donc un des points les plus discutés de la thèse des loueurs. Même quand les objets loués seront sortis du patrimoine du débiteur au temps de sa gestion parce qu'ils les a confiés

(1) Trib. com. Roubaix, 8 juil. 1904 *Journ. Faill.*, 1905, p. 38.

à un client, la masse restera débitrice de leur valeur et de leurs loyers jusqu'à restitution ou paiement, parce qu'elle est tenue, faute d'avoir résilié, à exécuter personnellement toutes les obligations du failli.

Sur ces entrefaites, le syndic condamné par la Cour de Bordeaux, dans l'arrêt du 19 mars 1903 que nous avons cité, se pourvut en cassation et l'affaire fut appelée devant la Chambre des Requêtes le 9 novembre 1904 (1). Pour la première fois, depuis trente-cinq ans, la Cour suprême allait donc être appelée à trancher ce différend. Elle entérina l'évolution de la jurisprudence commencée par l'arrêt attaqué, mais d'une façon particulièrement timide.

Il est inutile de rappeler les faits. Le syndic faisait valoir à l'appui de son pourvoi « que l'arrêt attaqué a considéré à tort comme une dette de la masse et non comme une dette du failli le payement du prix de location des futailles depuis la déclaration de faillite jusqu'à la restitution, et à défaut de restitution, celui de la valeur des fûts, par le motif que, faute par le syndic d'avoir dénoncé le contrat verbal de location fait avec le failli, il y avait présomption que le contrat avait continué dans l'intérêt de la masse, alors que, en pareil cas, le locateur, en dehors du droit de revendication qu'il peut tenir de l'article 575 C. com. sur les objets existant en magasin, n'a qu'un droit de créance ordinaire, soumis à la règle de la répartition au marc le franc, à moins que le syndic, par un acte de gestion qui ne saurait se présumer et résulter de la seule absence de dénonciation du

(1) Req., 9 nov. 1904, D. 1905.1.489 (note VALÉRY) ; S. 1906.1.173 (note NAQUET) *Gaz. Pal.*, 1904, II, 615 ; *Jour. Faill.*, 1905, p. 5.

contrat n'ait fait usage des objets loués pour le compte et dans l'intérêt de la masse ».

La Chambre des Requêtes rejeta le pourvoi pour les motifs « qu'il résulte des constatations de l'arrêt attaqué que, suivant l'usage constant de la place de Bordeaux, les contrats de location de futailles qui ne sont pas dénoncés par le syndic continuent malgré la déclaration de faillite du locataire, que le syndic, en conséquence, a continué la location dans l'intérêt de la faillite, laquelle a tiré profit des fûts laissés en location et n'aurait pu en exiger des clients du failli la restitution immédiate sans s'exposer à des dommages-intérêts »...

La Cour de Cassation est, on le voit, beaucoup moins nette que la Cour d'appel de Bordeaux. Tandis que celle-ci posait en principe que faute de restitution, la location continue de plein droit avec la masse, et que le pourvoi répondait en affirmant au contraire que la masse ne peut y être obligée que par un acte de volonté du syndic qui ne saurait se présumer, la Chambre des Requêtes relève un point de fait qui n'était invoqué comme argument par aucune des parties, et déclare que l'absence de restitution par le syndic fait présumer la continuation parce que tel est l'usage entre négociants bordelais.

Ainsi les loueurs obtiennent satisfaction puisque l'arrêt est confirmé, mais les syndics n'ont pas tort puisque la Chambre des Requêtes tire des usages de la place présomption de la volonté du syndic de continuer le contrat. On peut donc en conclure que si l'usage avait été différent, l'arrêt eut été cassé. En réalité, la question n'est pas résolue. Dans sa note, M. Valéry, nous l'avons vu, défend les principes qui ont motivé la décision de

la Cour de Bordeaux ; au contraire, M. Naquet approuve la thèse du pourvoi, tout en l'estimant mal fondé en l'espèce, puisque la masse aurait, d'après lui, profité de la location. C'est là cependant une question discutable. Il est infiniment vraisemblable que l'admission des sous-locataires des fûts dans la masse, pour leur créance en dommages-intérêts, aurait moins diminué le dividende réparti aux autres créanciers que le paiement qu'a dû faire personnellement la masse, des loyers et de la valeur des fûts non restitués. Où est alors le bénéfice retiré par la masse de la continuation de la location ?

Cependant, dans les années qui suivirent, la nouvelle jurisprudence fut dans l'ensemble adoptée par la majorité des tribunaux. La Cour d'appel de Paris (3^e Chambre), dans un arrêt du 19 janvier 1905 (1), décida « que lorsque des fûts ont été donnés en location à un commerçant à raison de tant par jour, la location se renouvelant ainsi à l'expiration de chaque jour à la volonté du preneur, qui pouvait mettre fin au contrat en restituant les fûts et en payant le prix de location, et que, ce commerçant étant tombé en faillite, le syndic n'a pas résilié le contrat, la masse est débitrice du prix de location jusqu'au jour de la résiliation, sans qu'il y ait à rechercher si elle en a tiré profit ou non ».

C'est la reconnaissance pure et simple de la thèse des loueurs.

De même encore, le Tribunal de commerce d'Amiens (2) dans un jugement du 26 mai 1905 jugea, dans une affaire qui opposait la sociétés Saint Frères aux

(1) Paris, 19 janv. 1905, *Pand. franç.*, 1905.2.254.

(2) Tribunal com. Amiens, 26 mai 1905 *Journ. Faill.*, 1905, p. 328.

syndics de la faillite de la société Coopérative agricole du Nord, que « la faillite ne mettant pas fin aux contrats passés antérieurement à son événement, la masse créancière est comptable envers le locateur, tant des loyers des sacs loués par le failli que de leur valeur en cas de non restitution, si le syndic ne rapporte pas la preuve de leur destruction par cas fortuit ».

Sur appel, la Cour d'Amiens, dans un arrêt du 9 décembre 1905 (1), infirma le jugement et décida que « s'il est incontestable que la faillite du débiteur ne peut être considérée comme étant par elle-même une cause de résiliation du contrat de location en cours d'exécution au moment de la faillite, il est vrai aussi que le locateur ne peut plus demander l'exécution pure et simple du contrat de location, lorsque le preneur a vendu et livré à ses clients les objets loués (dans l'espèce des sacs) en même temps que les marchandises qu'ils contenaient, cette exécution étant naturellement impossible pour les syndics représentant la masse ».

Et après avoir rappelé que la nullité de la vente de la chose d'autrui n'est, malgré les termes de l'article 1599, § 1^{er} C. civ., que relative et ne peut être invoquée par le vendeur, la Cour ajoute : « ...le locateur a seulement droit à des dommages-intérêts, basés à son choix, soit sur l'inexécution des engagements conventionnels d'après l'article 1146 C. civ., soit sur l'existence du préjudice à lui causé par le délit ou le quasi-délit, commis vis-à-vis de lui par le preneur, d'après les articles 1382 et 1383 du même code, mais dans l'un et l'autre cas, sa créance

(1) Amiens, 9 déc. 1905, *Gaz. Pal.*, 1906,1,137 ; *Jour. Faill.*, 1906, p. 65 ; D. 1907,2,273,

ayant pour cause un fait antérieur à la déclaration de faillite du preneur, il ne peut être considéré comme créancier de la masse. Il doit être purement et simplement admis dans la masse, et comme tel être soumis à la règle de l'égalité qui, en matière de faillite, s'impose à tous les créanciers du failli. »

La Cour d'appel d'Amiens, dans cet arrêt, n'a pas pris nettement parti. Elle a réformé le jugement du Tribunal de commerce de cette ville parce qu'il avait négligé un fait capital : la coopérative agricole du Nord, encore « in bonis », avait vendu les sacs loués aux acheteurs de son blé. Dès lors, la créance du propriétaire des sacs avait incontestablement pris naissance avant le jugement déclaratif et donc était entrée dans la masse. Mais cela est aussi vrai dans la thèse des loueurs que dans celle des syndics, la société Saint Frères avait eu tort, de toute façon, de le contester. Qu'aurait été la décision de la Cour d'appel si les syndics n'avaient pas pu prouver cette vente, ou bien si au lieu de vendre les sacs avec les marchandises, la société faillie les avait sous-louées, comme dans l'hypothèse soumise à la Cour de Bordeaux en mars 1903 ? Il semble bien, d'après les termes de l'arrêt, que la Cour d'appel eut purement et simplement déclaré la masse de plein droit débitrice, parce les syndics n'auraient pu ni résilier, ni prouver que les sacs étaient perdus pour la masse en raison d'un fait antérieur à la déclaration de faillite.

Ce n'est que dans le courant de l'année 1906 que la Cour de Cassation eut l'occasion de prendre nettement parti.

La Chambre civile, le 26 avril 1906 examinant quatre pourvois dirigés contre trois arrêts de la Cour d'appel

de Bordeaux, des 20 décembre 1901, 27 juin 1902 et 2 avril 1903 et un jugement du Tribunal civil de Bressuire statuant commercialement et en dernier ressort du 9 avril 1904.

Dans ces trois arrêts la Cour de Bordeaux avait décidé que la location des fûts, consentie à un négociant en vins depuis tombé en faillite, se continuait de plein droit avec la masse, faute par le syndic d'avoir pu y mettre fin en restituant les objets loués.

Les trois pourvois furent soutenus par les mêmes moyens :

« Violation de l'article 575 C. com. en ce que l'arrêt attaqué a autorisé la revendication d'objets mobiliers non retrouvés en nature dans les magasins du failli, et a condamné la masse à payer par préférence au locateur la valeur des fûts par lui loués au failli, ainsi que le prix de location de ces fûts, alors d'une part qu'il était certain que les fûts n'existaient plus en nature dans la faillite, qu'ainsi le locateur ne pouvait se faire restituer ces objets ni leur valeur par une action personnelle contre la faillite, parce qu'il était simple créancier chirographaire, et que d'autre part l'arrêt ne constatait pas formellement que la faillite eut fait usage des fûts ou en eut tiré profit.

« Violation de l'article 445 C. com. en ce que l'arrêt attaqué a condamné la masse à payer des intérêts. »

Pour ces trois affaires, la Chambre civile se prononça dans les mêmes termes, le 26 avril 1906 (1) :

(1) Civ., 26 avril 1906 (4 arrêts), D. 1907.1.25 (note VALÉRY) ; S. 1907.1.169 (note NAQUET) ; *Gaz. Pal.*, 1906, I, 36 ; *Journ. Faill.*, 1906, p. 241.

« La Cour « Sur les deuxième et troisième moyens »,

« Attendu qu'il est constaté par l'arrêt attaqué que le syndic s'est abstenu après la déclaration de faillite de dénoncer le contrat de louage des fûts et d'y mettre fin, qu'il ne résulte nullement de la correspondance échangée entre les parties que le syndic ait voulu résilier au nom de la masse des créanciers les contrats de location des fûts, que s'il n'a pas fait cette dénonciation, ni demandé la résiliation du contrat, c'est que les fûts se trouvaient sans doute engagés dans les opérations du failli, que comme conséquence de cette situation les avantages et les charges du contrat ont désormais concerné la masse ; que par suite cette dernière après avoir pris charge de l'exécution d'un contrat antérieur ne saurait en répudier les effets ;

« Attendu que dans cet état des faits, G... n'étant pas un créancier ordinaire du failli mais un créancier direct de la faillite, ne pouvait être tenu d'agir par voie de production au passif de la faillite pour y prendre part au marc le franc ; qu'il n'y avait pas lieu non plus de faire application à sa créance contre la masse du principe de l'article 445 C. com... »

Ces trois arrêts marquent la fin de la première étape de la jurisprudence. Tandis que les Syndics, demandeurs au pourvoi, soutenaient que faute d'une continuation expresse du contrat par le syndic, le locateur ne pouvait exercer contre la masse, pour avoir restitution de ses fûts, que l'action en revendication en qualité de propriétaire (qui en l'espèce n'était pas recevable les fûts n'existant plus en nature), la Cour de Cassation a décidé qu'il pouvait exercer contre la faillite l'action née du contrat en

qualité de bailleur, parce que le syndic n'avait pas pu mettre fin à la location en restituant les fûts.

C'était le triomphe des prétentions des loueurs.

Cependant, dans son dernier arrêt la Cour apporta une limite à ce principe : le Tribunal de Bressuire avait décidé que le contrat ne peut être considéré comme s'étant poursuivi de plein droit avec la masse, quand le syndic rapporte la preuve que les objets loués avaient disparu avant l'ouverture de la faillite.

La Chambre civile approuva le jugement : « Attendu que de cette constatation, le jugement attaqué a conclu à bon droit que la masse n'avait pu à raison de la perte des sacs en continuer la location ni en retirer un profit personnel quelconque. »

Par deux arrêts des 24 et 31 juillet 1906 (1), la Chambre des Requêtes rejeta les pourvois formés contre un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 5 juillet 1905 qui avait confirmé un jugement du Tribunal de commerce d'Evreux du 23 février de la même année, aux termes duquel « la société Saint Frères ne pouvait se prétendre créancière de la masse de la faillite du locataire parce que les sacs avaient disparu auparavant », et un autre arrêt de la Cour d'Aix du 15 novembre 1905 confirmant un jugement du Tribunal de commerce de Marseille qui avait repoussé, par les mêmes motifs, une demande semblable de la même société.

Ces deux arrêts de la Chambre des Requêtes sont particulièrement intéressants parce qu'ils soulignent qu'en raison de la perte des objets loués avant la faillite, la

(1) Req., 24 et 31 juill. 1906, D. 1907.1.25 ; S. 1907.1.169 ; *Gaz. Pal.*, 1906, II, 237 ; *Journ. Faill.*, 1906, p. 385.

masse n'avait pu en faire aucun usage ni en tirer le moindre profit.

Ainsi à côté du principe de la continuation de plein droit faute de restitution apparaît très timidement et d'une façon voilée, l'idée que la location continue par la volonté du syndic, mais que cette volonté doit se présumer de l'absence de résiliation expresse et du profit retiré des objets loués par la masse.

Il est cependant deux points importants que ces décisions ont laissé dans l'ombre.

Si le syndic déclare résilier les locations en restituant les objets qu'il a trouvés dans les magasins du failli et en ajoutant qu'il rendra les objets actuellement chez des tiers à mesure qu'on les lui retournera, la masse rest-elle débitrice des loyers jusqu'au jour de cette restitution ? Elle le sera si on admet avec les loueurs que la restitution est une condition « sine qua non » de la résiliation. Elle ne le sera pas au contraire si on voit dans la non-restitution une simple présomption de continuation. La déclaration du syndic et ses diligences pour récupérer les objets manquants suffiront à la faire tomber.

D'autre part, que doit-on entendre par « perte » des objets loués avant la déclaration de faillite ? Certains auteurs exigent que la masse pour se libérer prouve le cas fortuit ou la force majeure comme le failli lui-même. Dans une telle conception ou bien le bailleur serait créancier de la masse, ou bien il ne serait pas créancier du tout.

D'autres, les plus nombreux, exigent seulement que le syndic prouve qu'au jour de la faillite on ne savait plus ce que ces objets étaient devenus, ou qu'il était devenu juridiquement impossible pour le failli et donc

pour la masse de les réclamer, par exemple parce que le failli, ou un sous-locataire du failli, les aurait vendus à un tiers de bonne foi.

D'autres enfin disent qu'il suffit au syndic de prouver que les objets loués n'étaient plus en la possession du locataire au moment de sa déclaration de faillite. Ces derniers rejoignent par une voie détournée la thèse des syndics, qui prétendent que c'est au bailleur de prouver que la masse a pris possession des objets loués, car il est bien certain que le bailleur peut toujours revendiquer son bien, même contre la masse qui ne peut s'approprier les objets simplement déposés chez le failli (article 575 C. com.).

Voilà donc déjà d'importantes sources de contestations que les six arrêts de la Cour de Cassation n'ont pas supprimées.

D'ailleurs, de nombreuses Cours d'appel se refusaient à suivre la jurisprudence de la Cour de Cassation, et dès l'année suivante, on constate un timide revirement de la Chambre des Requêtes (1).

La Cour d'appel de Montpellier, par un arrêt du 11 mai 1906 (2) déclara que « si le loueur peut conformément à l'article 576 du Code de commerce revendiquer les objets qui se trouvent en nature dans le patrimoine du failli, pour ceux qui auraient disparu, il doit simplement produire à la faillite comme les autres créanciers et qu' il ne peut invoquer une obligation directe de la liquidation judiciaire à son profit, à moins que cette obligation ne résulte d'un lien de droit volontairement créé après la liquidation. Une telle novation ne se

(1) V. *infra*, p. 179.

(2) Montpellier, 11 mai 1906, D. 1907.2.405.

présume pas et ne peut résulter à défaut d'un écrit ferme que d'un ensemble de présomptions suffisantes pour en faire la preuve ».

De même encore quelques jours plus tard, la Cour d'appel de Bourges décidait le 21 mai 1906 (1) que « lorsque des sacs ont été donnés en location à un commerçant depuis tombé en faillite, le locateur ne peut être admis à agir contre la masse par voie d'action directe et personnelle pour obtenir par préférence à tout créancier, soit la restitution des sacs que le failli n'avait pas rendus au jour de la déclaration de faillite, soit à défaut de restitution, le paiement de l'indemnité convenue, alors qu'au jour de la déclaration de faillite les sacs n'étaient plus dans les magasins du failli qui les avait loués ou prêtés à sa clientèle et qu'ainsi la masse de la faillite n'a pu se livrer en son propre nom et à son profit personnel à aucune location de sacs », et l'arrêt d'ajouter : « Il importe peu que le syndic n'ait pas expressément dénoncé le contrat de location de sacs alors qu'il résulte des faits et circonstances de la cause et notamment de la correspondance du syndic et du soin par lui pris de renvoyer les sacs au locateur au fur et à mesure de leur rentrée, que le syndic n'a jamais eu l'intention de continuer au nom de la masse, la location des sacs. »

La Cour d'appel de Bourges se rallie donc à la thèse transactionnelle : la masse n'est pas tenue de plein droit d'exécuter les contrats successifs conclus par le failli. Mais le silence du syndic doit faire présumer sa volonté de les continuer à moins cependant qu'il n'ait fait part de l'intention contraire par tout moyen ne laissant aucun

(1) Bourges, 21 mai 1906, S. 1907.2.174.

doute à cet égard, ce qui était bien le cas dans cette affaire.

La Cour de Cassation belge (1), chargée d'appliquer en cette matière une loi semblable à la législation française, décida par un arrêt du 6 décembre 1906 (1), que « celui qui a donné des sacs en location pour les besoins de son commerce, à un commerçant tombé depuis en faillite, ne peut réclamer à la masse de la faillite le paiement intégral depuis la déclaration de faillite du prix de location des sacs qui étaient demeurés en la possession du failli et l'indemnité convenu pour les sacs qui ne seraient pas restitués, *qu'à la condition de prouver que sa créance provient d'un engagement personnel de la masse, soit que la masse se soit substituée au failli en continuant expressément ou implicitement le bail souscrit par celui-ci, soit qu'elle ait tiré profit de la location.* » Et la Cour de Cassation en conclut que c'est à bon droit que les juges, s'ils ont constaté que les sacs loués par la société Saint Frères avaient été sous-loués ou prêtés par le failli, et n'étaient plus en conséquence dans les magasins de celui-ci au jour de la déclaration de faillite, ont jugé que la dite société n'est pas créancière de la masse, mais dans la masse, pour la valeur des sacs non restitués et les loyers jusqu'au jour du paiement.

Cependant la Chambre civile de la Cour de Cassation française précisait sa jurisprudence de 1906 et faisait ressortir que la masse n'est pas obligée à exécuter le contrat de location conclu par le failli si elle arrive à prouver que les objets loués avaient disparu au temps où l'affai-

(1) Cass. Belgique, 6 déc. 1906, S. 1908.4.4, *Pas.*, 1907, I, 63.

re était gérée par le locataire lui-même. En effet la créance du bailleur en restitution des objets et paiement des loyers s'est changée, le jour de leur disparition, en une créance en paiement de leur valeur. Créance antérieure par conséquent, à la faillite, et donc dans la masse. Par un arrêt du 17 juillet 1907 (1), sur pourvoi contre un arrêt de Poitiers du 10 juin 1905, la Chambre civile jugea que « bien que le liquidé se soit dessaisi des fûts en location, en les sous-louant ou en les prêtant à la clientèle, la liquidation ne saurait être tenue de les remettre au locateur, ni d'en payer les loyers, à moins d'un fait ou d'une négligence dont la preuve doit être rapportée, si à la date de la mise en liquidation judiciaire, la restitution est devenue impossible, d'après les déclarations des juges du fond, par cette raison que les dits fûts n'existaient pas dans la liquidation et qu'ils ne s'y sont jamais trouvés, ni chez le liquidé, ni chez ses clients ».

« En pareil cas, il y a lieu seulement d'admettre le locateur au passif chirographaire pour le montant de la valeur des fûts non restitués et pour le montant des loyers au jour du jugement déclaratif ».

Cette décision marque le commencement d'une nouvelle évolution de la Cour de Cassation et de l'abandon progressif de la théorie de 1906. En effet, la Chambre civile, dans son quatrième arrêt du 26 avril 1906, et la Chambre des Requêtes, dans son arrêt du 31 juillet de la même année, exigeaient, pour que la masse fut libérée, la preuve que les objets étaient matériellement ou juridiquement perdus avant l'ouverture de la faillite ou

(1) Civ., 17 juill. 1907, *Gaz. Pal.*, 1907, II, 134 ; D. 1908.1.134.

de la liquidation judiciaire, soit par destruction, soit parce qu'un tiers en aurait acquis la propriété. Si le failli les avait simplement prêtés ou sous-loués, la masse n'était pas libérée de l'exécution du contrat parce qu'il ne tenait qu'à elle de les restituer en les réclamant dans le premier cas, en laissant le bailleur revendiquer dans le second, mais de toute façon en s'exposant à une demande en dommages-intérêts de la part du tiers détenteur. Et donc, disait la Cour de Cassation, la masse profite bien de la location, et est à bon droit présumée l'avoir continuée.

Dans cette espèce, le failli avait bien sous-loué les sacs reçus, mais le sous-locataire les avait perdus. Si la Chambre civile était restée fidèle à sa jurisprudence de 1906, elle eut jugé qu'il n'y avait pas là un cas fortuit ou de force majeure libérant la masse, parce que dans les rapports entre le bailleur, le failli et la masse, la perte résultait uniquement de la sous-location, et elle eut ajouté qu'ayant bénéficié des chances de profit, la masse devait supporter les risques de perte et que par conséquent la location principale s'était continuée avec la masse. Elle n'a cependant pas osé, et a décidé que la créance du bailleur était née antérieurement à la faillite, tout comme si les sacs avaient été perdus du fait du failli. On voit donc poindre là, l'idée que le bailleur peut réclamer à la masse la restitution des objets loués, non pas comme créancier en vertu du contrat de location, mais seulement comme propriétaire par l'exercice de l'action en revendication. Action en revendication qui cesse d'être recevable quand le détenteur n'est plus en possession de l'objet.

Cette évolution est encore plus sensible dans un arrêt

rendu à quelques jours de là par la Chambre des Requetes le 5 août 1907 (1), sur pourvoi contre un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes, du 11 avril 1905. Le sieur Blanchet, demeurant à Sète, avait donné en location un certain nombre de futailles, à raison de 2 centimes $\frac{1}{2}$ par fût et par jour, à Brunet et C^{ie}, négociants en vin à Nîmes, qui les avait sous-loués. Il était en outre stipulé que la restitution des fûts devait être faite aux frais des locataires. B et C^{ie} furent déclarés en liquidation judiciaire. Et le liquidateur informa le loueur qu'il entendait mettre fin à la location et allait restituer les fûts. Seulement une difficulté se présentait : Comment exécuter l'obligation de retour des fûts en monnaie de faillite ? Le liquidateur fit connaître au loueur, que tout en consentant à payer la location des fûts en qualité de dette de masse jusqu'au jour de leur rentrée effective, il ne pouvait s'engager à les renvoyer en port payé. Blanchet reçut les fûts, paya les frais de transport, mais sous la réserve expresse d'en faire supporter intégralement la charge par la masse, qui, soutenait-il, avait, de plano, repris le contrat. Et se refusant à produire à la faillite pour le montant de ces frais, il assigna Brunet et C^{ie} et le liquidateur devant le Tribunal de commerce de Nîmes.

Le Tribunal, puis sur appel, la Cour, repoussèrent sa demande. Il se pourvut en cassation pour « violation des articles 1134, 1184, 1247 et 1903 C. civ., 443 et 445 C. com., et des clauses du contrat, en ce que l'arrêt attaqué a déclaré que Blanchet devait être créancier ordinaire pour les frais de transport, alors que le contrat de loca-

(1) Req., 5 août 1907, *Gaz. Pal.*, 1907, II, 403 ; D. 1909, I, 441 ; S. 1910, I, 289 (et note NAQUET).

tion des futailles qui n'avait pas été résilié de plein droit par l'ouverture de la faillite, s'était continué à l'égard de la masse, malgré la dénonciation faite par le liquidateur, pour tous les fûts qui, se trouvant entre les mains du failli, n'avaient pu être restitués dès l'ouverture de la liquidation ; qu'à l'égard de ces fûts, la masse était tenue envers l'exposant dans les termes mêmes du contrat de location, et que par conséquent l'exposant était créancier de la masse pour tous les frais de retour des fûts qui, aux termes exprès du contrat, étaient à la charge du locataire ».

La Cour rejeta le pourvoi parce que, dit-elle, « de l'ensemble du même arrêt, il résulte que non seulement R (le liquidateur) a déclaré expressément vouloir résilier le contrat intervenu entre les liquidés et le demandeur sans limitation de durée (1), mais qu'il a fait toute diligence pour effectuer le renvoi à ce dernier de ces fûts ; que les juges du fond déclarent encore que si R ès qualités a offert de payer en espèces à Blanchet la location jusqu'au jour de la restitution effectuée de chaque fût, par lettre précisant bien que ce n'est pas parce qu'il considérerait la masse comme locataire jusqu'à cette date, mais uniquement parce que touchant ou devant toucher lui-même des tiers détenteurs le montant de la location, il tiendrait pour contraire à l'équité de faire bénéficier la masse du montant de la location de ces fûts sur lesquels, par l'effet de la résiliation, elle n'a plus aucun droit ».

Cette fois, la Chambre des Requêtes va beaucoup plus loin. Elle admet que la résiliation a pu s'opérer par

(1) Il s'agit bien entendu de la location principale.

simple déclaration du liquidateur suivie de la restitution des fûts sans que leur retour fut effectué selon les clauses du contrat. Nous sommes déjà loin de la thèse de la continuation de plein droit de la location à laquelle le syndic ne pourrait mettre fin que dans les mêmes conditions que le débiteur.

Elle admet implicitement que la continuation ne résulte que de la volonté présumée du syndic ou du liquidateur qui, par tous les moyens, peut faire part d'une intention différente.

Cependant les tribunaux restaient aussi indécis et aussi divisés. La Cour d'appel de Nîmes, par un arrêt du 15 juin 1907 (1), déclara que « la location est résiliée et qu'en conséquence la masse n'est débitrice ni de la valeur ni des loyers des fûts non restitués quand le liquidateur a expressément fait connaître qu'il ne voulait pas continuer à en bénéficier ». Il s'agit donc là d'une application de la thèse intermédiaire : présomption de continuation que le syndic ou le liquidé, assisté du liquidateur (ou comme ici le liquidateur seul) peut repousser par déclaration contraire.

La Cour d'appel de Bordeaux resta fidèle à la jurisprudence précédente ; par un arrêt du 28 octobre 1907 (2), elle maintient que la location des fûts continue quand le syndic ne les a pas restitués, et en conséquence, elle condamne la masse à payer au loueur les loyers et la valeur des fûts égarés.

(1) Nîmes, 15 juin 1907, S. 1910.2.182 ; D. 1909.2.297.

(2) Bordeaux, 28 oct. 1907, D. 1909.2.297 ; S. 1909.2.303 ; *Journ. Faill.*, 1908, p. 812.

La Cour d'appel d'Alger, par deux arrêts des 10 novembre 1908 et 20 janvier 1910 (1), a décidé « qu'en principe la masse est tenue par le contrat de location comme l'était le failli lui-même, sauf cependant si le syndic a déclaré ou laissé implicitement entendre qu'il ne voulait pas la continuer (1^{er} arrêt) ou si les objets loués étaient perdus avant l'ouverture de la faillite (2^e arrêt) ; la preuve de l'un ou l'autre fait, incombant bien entendu au syndic ». Là encore, application de la théorie intermédiaire.

Cependant, la Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 16 mars 1909 (2), accentua son évolution favorable à la thèse des syndics en décidant que « lorsque les sacs ont été donnés en location à un commerçant en grains, depuis tombé en faillite, le locateur ne peut prétendre être créancier de la masse, soit pour le loyer des sacs après la déclaration de faillite, soit pour le paiement de l'indemnité convenue pour ceux qui ne lui ont pas été restitués, alors que d'après les constatations des juges du fond, il n'existait dans les magasins du failli au moment de la déclaration de faillite aucun des sacs réclamés par le locateur, ni aucune quantité de grains pouvant être vendue (Il convient de remarquer que les sacs n'étaient pas « perdus », mais livrés aux acheteurs de grains), que les sacs avaient été prêtés ou loués par le failli lui-même avant cette époque, et que les grains lui ayant appartenu étaient parvenus à destination, et avaient été payés, en

(1) Alger, 10 nov. 1908, D. 1911.2.327 ; S. 1912.2.78 et 20 janv. 1910, *Journ. Faill.*, 1910, p. 342 ; *Journ. Trib. com.*, 1911, p. 705.

(2) Req., 16 mars 1909, S. 1909.1.235 (et conclusions de M. l'Avocat général FEUILLOLEY) ; D. 1910.1.137 (note VALÉRY en sens contraire) ; *Gaz. Pal.*, 1909, I, 594,

sorte que la masse n'a pu se livrer pour son compte et à son profit personnel, à aucune location de sacs, ni tirer des dits sacs aucun avantage personnel. Il importe peu que le syndic n'ait pas expressément et formellement dénoncé le contrat de location conclu pour une durée déterminée, s'il a manifesté son intention de ne pas continuer la location pour des opérations faites dans l'intérêt de la masse, en renvoyant au locataire les sacs qui lui ont été restitués au fur et à mesure de leur rentrée ».

On voit le chemin parcouru par la Cour de Cassation en trois ans. Désormais, la location ne continue pas de plein droit, faute de restitution des objets loués, elle ne continue même pas en raison de la sous-location ou du prêt consenti par le failli et dont la masse serait censée recueillir l'avantage, elle continue seulement en vertu d'une présomption de volonté du syndic, et cette présomption peut être détruite par la simple restitution des objets au fur et à mesure de leur rentrée.

Il ne restera plus à la Cour de Cassation qu'à admettre la présomption inverse et à décider, conformément au droit commun, qu'il appartient au loueur de prouver la continuation du contrat par la masse, pour adopter la thèse des syndics. C'est cette dernière étape que laissent présager les conclusions de M. l'avocat général Feuilloley : « Il en est nécessairement de même (c'est-à-dire que le loueur est soumis à la loi du dividende) des loyers des sacs restitués ou des indemnités de pertes encourues postérieurement à la faillite déclarée, toutes les fois du moins que le syndic n'a pas continué le contrat de location ou que la masse n'a tiré aucun profit personnel des objets. Cette solution s'impose, car le locateur n'ayant traité qu'avec le failli, les loyers sont une

dette dans la faillite et si le défaut de restitution des sacs donne ouverture à l'indemnité forfaitaire, le dommage et la créance sont la suite d'un engagement du failli, engagement auquel la masse est étrangère et qui ne lui a procuré aucun enrichissement ».

Mais cette étape, la jurisprudence mettra vingt ans à l'accomplir.

Une année plus tard, les magistrats de la Chambre des Requêtes allaient marquer un recul, et dans un arrêt du 22 mars 1910 (1), ils décidaient que « la masse était débitrice des loyers et du prix de consignation des fûts non restitués, quand, au jour du jugement d'admission à la liquidation judiciaire, les objets loués, en l'espèce, des fûts, étaient engagés dans des opérations intéressant la liquidation ».

Cependant, la Cour d'appel de Bordeaux jusqu'à présent si ferme partisan de la thèse des loueurs, commença à évoluer par un arrêt du 26 mai 1913 (2). Elle décida « qu'aux termes de l'article 1315 C. civ., celui qui réclame l'exécution d'une obligation doit la prouver, et que, en vertu de ce principe, auquel la matière commerciale n'est évidemment pas étrangère, le loueur, pour pouvoir se faire restituer les fûts dont il s'agit, ou s'en faire payer la valeur, est tenu d'établir son droit à l'encontre de l'adversaire ès qualités, c'est-à-dire, non pas seulement au regard d'O... et C^{ie} mis en liquidation judiciaire, mais encore au regard de la masse dont G... est le

(1) Req., 22 mars 1910, D. 1912.1:73 (note VALÉRY approbatoire) ; S. 1910.1.344.

(2) Bordeaux, 26 mai 1913, *Journ. Faill.*, 1918, p. 176, et 29 déc. 1913 ; *Journ. Faill.*, 1914, p. 18.

représentant. Or, que si G... justifie avoir livré en location les dits objets à O... et C^{ie} ce qui, au surplus, ne lui est pas contesté, il ne fait pas voir comment soit au résultat d'une continuation de détention, soit à titre de sanction d'une faute commise, la charge de la restitution ou du paiement aurait été assumée par d'autres créanciers ».

Ainsi, passant catégoriquement d'une thèse à l'autre, cette Cour d'appel a entériné cette fois les conclusions des syndics. Elle confirma sa nouvelle jurisprudence dans un autre arrêt du 29 décembre suivant, par lequel elle condamnait la masse à payer au loueur la consignation des fûts non restitués, non plus contractuellement en vertu de la location consentie au liquidé, mais délictuellement, en raison de la négligence avec laquelle le liquidé et le liquidateur, avaient fourni les renseignements qui auraient permis de revendiquer les fûts entre les mains des tiers détenteurs.

Pendant les années de la guerre, aucune décision de jurisprudence ne fut rendue sur cette question. La Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 20 octobre 1919 (1), resta favorable à la théorie mixte qu'elle avait consacrée en 1907, et décida que « la masse n'est pas tenue des loyers et de la valeur des sacs loués et non restitués quand le syndic prouve qu'ils n'existaient plus dans les magasins de la faillite, qu'il ne les a jamais détenus, et qu'en conséquence, il n'a pu en tirer aucun profit ». Cette fois encore la Cour de Cassation exige que le syndic fasse tomber la présomption de continuation.

La Cour d'appel de Montpellier (2), le 24 décembre

(1) Req., 20 oct. 1919, *Journ. Faill.*, 1919, p. 247.

(2) Montpellier, 24 déc. 1920, S. 1921.2.36 ; *Gaz. Pal.*, 1921.1.198 (note VALÉRY).

1920, décida que faute de restitution des futailles louées au failli, la location continue de plein droit à la charge de la masse ; et la Cour précise que la dénonciation régulière du contrat ne suffirait pas à libérer la masse, il lui faut restituer en même temps les fûts. C'est donc la thèse de la Cour de Cassation de 1906 que cet arrêt reprend intégralement.

Mais par un autre arrêt du 5 mai 1923 (1), elle renonce complètement à la jurisprudence consacrée par l'arrêt précédent, et décide au contraire « qu'on ne saurait exiger que la masse des créanciers fut contrainte d'exécuter un contrat dont elle ne peut retirer utilité ; qu'une telle obligation créerait au profit de la personne qui avait contracté avec le failli, en la plaçant ainsi hors la loi du dividende, un privilège que rien ne justifierait, que sous la réserve des droits acquis, l'exécution du contrat cesse du jour de la résiliation ; qu'en effet la masse est un *tiers*, et non un *ayant cause* du failli, et qu'elle ne peut être tenue « in integrum », sans l'existence d'un fait nouveau positif d'adhésion de la part du syndic, son représentant ; que ce fait ne peut se présumer ; que le loueur qui prétend contraindre la masse au paiement intégral des loyers à partir de la déclaration de faillite et à la restitution des choses louées, ou à défaut, au paiement de l'indemnité représentative de leur valeur, est tenu de démontrer que le syndic *ès qualités* a fait sien le contrat ».

Cette fois la Cour d'appel de Montpellier a franchi la dernière étape, et allant plus loin que celle de Bordeaux, elle adopte intégralement le point de vue des syndics et

(1) Montpellier, 5 mai 1923, S. 1924,2,11.

affirme que la masse qui est un tiers, ne peut être obligée par les contrats du failli, que par un fait volontaire d'adhésion.

Cependant la Chambre des Requêtes reste fidèle à la théorie intermédiaire. Par un arrêt du 24 octobre 1923 (1), elle rejeta un pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Nîmes du 9 février 1923, et décida que « bien que n'étant pas résolu par la faillite, un contrat de location d'objets mobiliers cesse d'être opposable à la masse des créanciers, lorsque le syndic l'a dénoncé et que la faillite n'a pas marqué son intention de reprendre le dit contrat pour son compte en usant ou en profitant des objets loués. Il importe peu d'ailleurs que les objets (des fûts) n'aient pas été immédiatement restitués au locataire, s'ils ont été tenus à sa disposition, et si en fait il les a retirés au fur et à mesure de ses besoins ». Enfin, elle relève en outre que l'arrêt a constaté que le locataire n'a pas apporté la preuve que le syndic ait tiré profit des fûts pendant qu'ils les détenaient.

La Cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 4 avril 1924 (2) allait abandonner sa jurisprudence de 1913 et revenir à son opinion de 1903. Elle décida que la masse ne peut se libérer des obligations de la location de fûts contractés par le liquidé judiciaire qu'en restituant les fûts. « Attendu que le contrat ne peut prendre fin que s'il y a ou restitution des fûts en nature, ou consignation de leur valeur ; qu'en l'espèce spécialement, les locations courent tant que n'est pas intervenue cette restitution ou cette consignation... Attendu, il est vrai, qu'il est

(1) Req., 24 oct. 1923, *Gaz. Pal.*, 1923, II, 735.

(2) Bordeaux, 4 avril 1924, D. 1927.2.91 (note Albert CHÉRON) ; *Gaz. Pal.*, 1924, II, 321 (note VALÉRY).

objecté que la liquidation n'a pas utilisé les fûts et qu'en fait ceux-ci étaient égarés depuis 1919... ; qu'il faut observer d'autre part que pour R... (le locataire) la futaille était indispensable dans son industrie, et que dans la mesure où il se l'était procuré par les locations, le bailleur se trouve avoir fourni la chose qui a servi à créer l'actif de la liquidation ».

Cette décision particulière renchérit encore sur la jurisprudence de 1906 et condamne la masse à payer la valeur des fûts qu'elle reconnaît avoir été perdus plus de quatre ans avant l'ouverture de la liquidation judiciaire. Toutefois, elle ne fournit aucun argument pour expliquer que, le jour de la perte des fûts, la créance en restitution du bailleur ne s'est pas changée en une créance en paiement de la valeur fixée par le contrat, ou à défaut, pour justifier que cette créance d'une somme d'argent, née avant le dessaisissement, n'est pas tombée dans la masse !

Plus singulier encore est le dernier argument. On pourrait dire en effet de n'importe quel créancier du failli pour les besoins de son commerce, qu'il a contribué à constituer l'actif de la masse !

La thèse soutenue par les syndics gagne cependant du terrain auprès de toutes les Cours d'appel. La Cour d'appel d'Alger (2^e Ch.), dans un arrêt du 23 février 1928 (1) confirmant une décision du Tribunal de commerce d'Alger du 14 juin 1926, jugea que la faillite ne résoud pas les contrats synallagmatiques, que le syndic peut contraindre le co contractant à exécuter ses obligations, mais

(1) Alger (2^e Ch.), 23 fév. 1928, *Gaz. Pal.*, 1928, I, 741.

que réciproquement celui-ci peut exercer l'action résolutoire ; que s'il ne le fait pas, le bailleur, un loueur de fûts en l'espèce, est créancier des loyers jusqu'au jour de la production ou de l'admission de sa créance, mais qu'il ne peut les réclamer qu'en dividende.

En effet, dit cet arrêt..., « Pour que le bailleur puisse être admis à réclamer dans leur intégralité les sommes dues pour les locations courues après la faillite, ou pour la valeur des fûts, il faut établir à l'encontre de la masse, qu'elle a fait usage des fûts, qu'elle en a profité, ou qu'elle a pris le contrat de location à son compte. Cette continuation du contrat par la masse ne doit pas se présumer, et il faut pour la considérer comme établie que les actes du syndic ne laissent aucun doute sur sa volonté de faire le contrat sien ».

Ici encore c'est l'adoption complète de la thèse des syndics.

Mais la 5^e Chambre de la même Cour, le 24 février 1930 (1) a jugé au contraire qu'« à défaut d'une dénonciation régulière et de la restitution des objets loués ou de la justification de leur perte définitive, la masse doit être réputée avoir continué le contrat de location de sacs conclu par le failli par périodes mensuelles successivement renouvelées par tacite reconduction ».

La Cour d'appel de Paris dans une série d'arrêts rendus entre 1928 et 1931, par ses différentes chambres, a statué sur des contestations identiques. Dans la presque totalité de ses décisions, elle se prononça en faveur des loueurs.

(1) Alger (5^e Ch.), 24 fév. 1930, *Gaz. Pal.*, 1932, II, 247.

La 7^e Chambre, par arrêt du 3 janvier 1928 (1), décidait que « le contrat de location de sacs étant successif, et se renouvelant de mois en mois, il appartient au syndic, s'il entend ne pas le continuer, d'en obtenir la résolution en restituant conformément aux conventions intervenues, les sacs détenus. Dès lors, si les sacs n'ont pas été restitués, le contrat a continué à recevoir effet par rapport à la masse des créanciers » (Ets Saint Frères contre Mulard *ès qualités*).

De même encore, la 11^e Chambre, par un arrêt du 3 janvier 1929 (1), déclarait que « le contrat de location de sacs, consenti au profit d'un commerçant depuis tombé en faillite, ou déclaré en liquidation judiciaire, continue au profit et à la charge de la masse, dès lors qu'il n'a pas été dénoncé, et que les sacs n'ont pas été restitués » (Saint Frères contre liquidation judiciaire Mainduit).

Et deux arrêts de la 7^e Chambre des 26 mars et 9 avril 1929 (2) déclaraient encore que « lorsqu'il s'agit d'une location de sacs, contrat successif, se renouvelant de mois en mois, il appartient au syndic ou au liquidateur, s'ils ne veulent pas laisser la masse des créanciers en assumer les obligations d'y mettre fin, conformément au contrat de location soit en restituant les sacs, après avoir fait pour les restituer, les diligences nécessaires, soit en payant les consignations convenues » ; et d'ajouter : « Au surplus la dénonciation du contrat faite par le liquidateur après la liquidation est inopérante et irrégulière, quand elle est contraire aux termes formels des

(1) Paris (7^e Ch.), 3 janv. 1928, *Gaz. Pal.*, 1928, I, 572, et Paris (11^e Ch.), 3 janv. 1929, *Gaz. Pal.*, 1929, I, 218.

(2) Paris (7^e Ch.), 26 mars et 9 avril 1929, *Gaz. Pal.*, 1929, II, 170.

conventions intervenues, précisant que la dénonciation des contrats de location s'opère par la restitution des sacs. » (Saint Frères contre Larfouillot et Saint Frères contre Vasserot-Merche). Et elle répéterait la même solution par un nouvel arrêt du 5 juin suivant (1) et c'est encore ce que cette même 7^e Chambre reconnaît par un arrêt du 3 janvier 1930 (1) : « La masse est en principe tenue par les contrats non résolus », tout en décidant qu'en l'espèce la location avait été résolue à l'amiable avant l'ouverture de la faillite (Faillite Roux contre Saint Frères).

La 4^e Chambre, le 25 janvier de la même année (2) décidait dans le même sens que « la liquidation doit le prix de location des sacs tant que le contrat n'a pas été dénoncé et les sacs restitués, après diligence du liquidateur pour les reprendre aux tiers qui les détenaient et les renvoyer, puisqu'il lui appartient de percevoir contre les tiers le prix de location de cette sacherie, dont on a pu continuer à faire usage après la mise en liquidation judiciaire, et dans l'intérêt de cette liquidation ; ou bien il doit verser la consignation prévue au contrat de location, pour chaque sac non restitué et qui n'a pu être récupérée par suite de perte ou de distraction » (Saint Frères contre liquidation judiciaire Bry).

Au contraire, la 11^e Chambre, le 1^{er} février 1930 (3) se prononçait en faveur de la thèse des syndics : « Con-

(1) Paris (7^e Ch.), 5 juin 1929, *Gaz. Pal.*, 1932, I, 484, et 3 janvier 1930, *Gaz. Pal.*, 1930, I, 510.

(2) Paris (4^e Ch.), 25 janvier 1930, *Gaz. Pal.*, 1930, I, 344.

(3) Paris (11^e Ch.), 1^{er} fév. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930, I, 664 ; D. 1931, 261- (note Alb. CHERON).

sidérant que bien que n'étant pas résolu par la faillite, un contrat de location d'objets mobiliers cesse d'être opposable à la masse des créanciers, lorsque le syndic a manifesté son intention de ne pas continuer la location pour des opérations dans l'intérêt de la masse, et que cette dernière n'a pas repris effectivement le contrat pour son compte en usant elle-même ou en profitant des objets..... que faute par eux de l'avoir fait (c'est-à-dire d'avoir restitué les sacs ou consigné le prix) la location s'est continuée mais à l'encontre du failli seulement, la masse des créanciers étant, par rapport au failli, *un tiers*, à qui ne saurait incomber, ipso facto, les obligations contractés par le failli, lorsqu'elle s'est abstenue, comme dans l'espèce, de s'approprier les avantages du contrat » (Saint Frères contre faillite des Grands Moulins d'Angers).

Mais cet arrêt imposait cependant au syndic de dénoncer le contrat, s'il ne veut pas le voir continuer.

Le 14 avril 1930, la 7^e Chambre, et cette même 11^e Chambre, le 5 mai suivant, se prononçaient en faveur de la thèse contraire (1) et déclaraient encore que « le contrat de location des sacs se continue de plein droit avec la masse, s'il n'est pas dénoncé par le syndic, et que cette dénonciation est « inopérante et irrégulière », quand, contrairement aux termes de la convention, elle n'est pas accompagnée de la restitution des sacs » (Saint Frères contre faillite Masson et Joccou-Thierry contre Saint Frères).

Et la 7^e Chambre par deux arrêts des 5 et 26 juin 1930 (2) décidait encore que « la résiliation d'une loca-

(1) Paris (7^e Ch.), 14 avr. 1930, et (11^e Ch.), 5 mai 1930, *Journ. Trib. com.*, 1931, p. 264.

(2) Paris (7^e Ch.), 5 et 26 juin 1930, *Gaz. Pal.*, 1932, II, 247.

tion de sacs ne peut être opérée valablement que par la restitution de ces objets.

Au contraire, le 23 octobre 1930, la 4^e Chambre se prononçait formellement en faveur des syndics (1) et amorçait un revirement de sa jurisprudence qu'elle devait poursuivre dans un nouvel arrêt du 16 janvier 1931 (2), avec des considérants caractéristiques qui méritent d'être reproduits :

La Société Saint Frères avait loué des sacs à la Société des Grands Moulins réunis de Saint-Pourçain-sur-Sioule. Cette société étant tombée en faillite, Saint Frères réclamaient, comme d'habitude, à la masse le paiement de la consignation des sacs égarés et de leur loyer jusqu'au jour du dit paiement. La 4^e Chambre repoussa cette demande parce que dit-elle :

« Considérant tout d'abord qu'il est inexact et contraire aux principes élémentaires du Droit en matière de faillite, de prétendre que les contrats de location de sacs intervenus entre la Société Saint Frères et la Société des Grands Moulins réunis de Saint-Pourçain-sur-Sioule se sont continués avec la masse, sous prétexte que les syndics ne les ont pas régulièrement résolus, qu'en effet si la faillite ne résoud pas en principe les contrats passés par des tiers avec le failli, il s'ensuit seulement que, lorsque le failli sera rétabli dans l'administration de ses biens après clôture de la faillite, les contractants pourront reprendre avec lui ou contre lui l'exercice des droits résultant de ces contrats anciens, mais que la continuation de ces contrats préexistant à la déclaration de fail-

(1) Paris (4^e Ch.), 23 oct. 1930, *Gaz. Pal.*, 1931, I, 561 (en sous-note).

(2) Paris (4^e Ch.), 16 janv. 1931, *Gaz. Pal.*, 1931, I, 562.

lite ne s'impose pas nécessairement à la masse des créanciers, *personnalité distincte du débiteur failli dont elle n'est pas le continuateur et dont elle ne doit pas être considérée comme l'ayant causé.* »

« Considérant que, pour que la masse puisse être tenue personnellement, activement ou passivement, des obligations contractées avec le failli à l'époque où il était « in bonis », il ne suffit pas *que le syndic se soit abstenu de résilier les dits contrats, mais qu'il est nécessaire que l'assemblée des créanciers ait décidé d'en faire son affaire personnelle et accepte d'en poursuivre l'exécution à ses risques et périls*, comme dans le cas par exemple où l'assemblée des créanciers décide de continuer le commerce (art. 532 C. com.) pour parvenir à une meilleure réalisation du fonds. »

Il y a là une exagération et les syndics n'ont jamais soutenu que l'intervention des créanciers était nécessaire pour leur permettre de reprendre au nom de la masse les contrats conclus par le failli. L'organe exécutif de la masse, ce n'est pas l'assemblée des créanciers, mais le syndic ou le liquidé et le liquidateur. L'assentiment personnel et individuel des créanciers est nécessaire dans l'hypothèse de l'article 532, parce que, nous l'avons vu, en vertu de l'article 533, ils s'obligent personnellement aux dettes ainsi assumées.

Le 23 janvier suivant (1), la même chambre appliquait encore les mêmes principes dans une affaire qui

(1) Paris (4^e Ch.), (3 arrêts), 23 janv. 1931, *Gaz. Pal.*, 1931.I.559 ; *Journ. Faill.*, 1931, p. 111, sur appel d'un jugement du Trib. com. Seine (1^{re} Ch.) du 23 avr. 1928, *Gaz. Pal.*, 1928, II, 682, et *Journ. Faill.*, 1930, p. 215.

opposait la Société Saint Frères à la faillite de la Compagnie des Affréteurs réunis et aux faillites de deux minotiers. Dans l'affaire des Affréteurs réunis, la Société Saint Frères, qui avait loué à ces armateurs plusieurs centaines de bâches embarquées sur différents cargos, réclamait à la masse le paiement de la consignation de toutes celles non restituées par le syndic et de leur loyer jusqu'au règlement. Le Tribunal de commerce de la Seine, par jugement du 23 avril 1928 repoussa sa demande à l'égard des bâches dont le syndic justifiait de la perte antérieurement au jugement déclaratif, mais la déclara au contraire, fondée pour les autres, parce que, dit-il, « la masse doit être présumée avoir retiré profit des objets non restitués et donc avoir continué le contrat, à moins de preuve contraire. »

Sur appel, la 4^e Chambre décida que « la masse des créanciers constitue une *personne morale* ayant des droits propres et distincts de ceux du failli, qu'elle a, par l'effet du dessaisissement, acquis la qualité de tiers. avec tous les droits inhérents à cette qualité ; qu'elle ne peut s'obliger directement que par l'organe du syndic, qui peut s'engager, expressément par la passation de contrats nouveaux, ou tacitement par l'exécution de contrats antérieurs à la déclaration de faillite, résultant d'un fait nouveau et positif d'adhésion à la convention, condition qui peut, seule, obliger « *in integrum* » la masse des créanciers, et dont la réalisation peut résulter de l'usage des objets loués ou du profit qui en est retiré par la faillite ».

« Que c'est au créancier poursuivant à l'encontre de la masse l'exécution du contrat, qu'il appartient de prouver que le syndic a fait sien le contrat, en continuant à

jouir ou à profiter pour la faillite des objets loués qui se trouvaient encore en nature, en sa possession au jour de l'ouverture de celle-ci ».

Et, faute par la Société Saint Frères de rapporter cette preuve, la Cour la déboute de ses prétentions.

En présence de litiges analogues, les Cours d'appel de province hésitent à reconnaître à la masse la qualité de tiers. La Cour d'Angers, dans deux arrêts des 1^{er} décembre 1931 et 20 novembre 1933 (1), rendus dans la même affaire (faillite Robin contre Société Franco-Algérienne), a décidé, par le premier arrêt, que le Tribunal de commerce d'Angers a jugé à tort que « la non restitution des fûts loués faisait présumer de plein droit que la masse en avait profité et donc avait continué la location ». Elle estime qu'« une telle présomption ne repose sur aucun texte, et qu'au contraire la masse n'est obligée ni au paiement des loyers, ni à celui de la consignation des fûts égarés, quand le syndic prouve qu'il a dénoncé le contrat et qu'il n'a fait aucun usage ni tiré aucun avantage des objets manquants et que d'autre part, les loueurs n'allèguent contre lui aucune faute et aucune négligence ».

En somme, la Cour d'appel, après avoir reproché au jugement de faire état d'une présomption qui n'existe pas dans la loi, l'applique à son tour, en obligeant le syndic à faire la preuve de sa libération. A une présomption absolue, elle substitue une présomption relative sans la justifier davantage. Par le second arrêt, rendu après

(1) Angers, 1^{er} déc. 1931, *Gaz. Pal.*, 1932, I, 48 et 20 nov. 1933, D. H. 1934, p. 57.

rejet d'un pourvoi en cassation, et une expertise, elle condamne la masse au paiement des fûts non restitués, parce qu'il résultait du rapport des experts que les fûts étaient loués à des tiers, que la masse devait en toucher les loyers, et que le syndic s'était montré négligent pour les récupérer. Dans un autre arrêt du 20 mars 1930 (1), cette même Cour s'était déjà prononcée en ce sens. Un quatrième arrêt du 16 mars 1932 (1) allait confirmer sa jurisprudence.

Cependant, la Cour de Cassation reste dans une prudente expectative. La Chambre des Requêtes, le 27 avril 1931 (2), statuant sur un pourvoi élevé contre un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier, du 30 octobre 1929, le rejeta en décidant « que la masse n'est pas tenue à l'exécution de la location de fûts passée par le failli, quand le syndic l'a dénoncée par lettre recommandée quelques jours après le jugement déclaratif, et que depuis aucune opération n'a été faite avec les fûts loués, et qu'en conséquence la masse n'a pu retirer aucun profit de la location ». Puis, viennent deux arrêts de cette même chambre du 19 janvier 1932, qui donnent raison aux syndics, mais un troisième du 27 du même mois refuse de casser une décision favorable aux loueurs.

Les deux arrêts du 19 janvier 1932 (3) furent rendus sur pourvois formés par la Société Saint Frères, contre un arrêt précité de la 11^e Chambre de la Cour de Paris,

(1) Angers, 20 mars 1930 et 16 mars 1932 ; voir § suivant sous arrêts, Cass. p. 206 et 207.

(2) Req., 27 avril 1931, *Gaz. Pal.*, 1931, II, 114 ; S. 1931.I.240 ; D. 1933.I.136.

(3) Req., 19 janv. (2 arrêts) et 27 janv. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, I, 484 et 486 ; D. H. 1932, p. 113.

du 1^{er} février 1930, et un autre arrêt de la 7^e Chambre de cette même Cour, du 5 juin 1929, qui avaient adjugé aux loueurs le bénéfice de leurs conclusions.

La Chambre des Requêtes rejetta les pourvois en s'appropriant les motifs de l'arrêt du 5 juin 1929 : « Si la restitution des sacs loués ou le versement de leur valeur sont à bon droit imposés au locataire, en vue de la dénonciation du contrat, quand il les a, ou les a eus réellement en sa possession, ou qu'il peut ou a pu les rechercher auprès des tiers détenteurs, une pareille exigence serait inadmissible en l'espèce à l'égard de la masse pour laquelle aucune de ces conditions n'a jamais existé ; que décider que le contrat continu aboutirait à lui faire supporter la perte des sacs alors qu'il est établi qu'il n'y a pas eu faute de sa part, et qu'elle n'est pas responsable de cette perte, et à lui imposer les obligations et les risques d'un contrat dont on ne démontre pas qu'elle ait usé, ou qu'elle ait tiré un profit quelconque, tandis que les avantages en seraient réservés exclusivement à la société appelante, ce qui serait contraire à la notion même du contrat synallagmatique de louage ; qu'il résulte de ces considérations que la convention ne s'est pas continuée avec la masse, celle-ci l'ayant régulièrement dénoncée. »

Mais là encore, la Chambre des Requêtes se réfère à la théorie intermédiaire, parce qu'il résulte des constatations de fait que le syndic avait dénoncé la location. S'il s'en était abstenu, sans doute aurait-elle déclaré que la location continuait.

C'est en effet ce qu'elle a décidé par un arrêt du 27 janvier 1932 (1) en rejetant le pourvoi élevé par la liqui-

(1) Req., 27 janv. 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, I, 486 ; D. H. 1932, p. 113.

dation judiciaire Bey contre l'arrêt précité de la 4^e Chambre de la Cour de Paris du 25 janvier 1930 en faveur de la Société Saint-Frères, pour les motifs que : « La Cour d'appel déclare, par une appréciation souveraine des faits et documents de la cause, que le liquidateur judiciaire n'a pas dénoncé le contrat litigieux qui a continué à être exécuté ; que la Société Saint-Frères, est devenue dès lors créancière de la masse qui a fait usage des objets loués, que les liquidateurs n'ont pas fait diligence pour récupérer les sacs... »

C'est encore ce qu'elle a décidé le 24 octobre 1932 (1) en rejetant le pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 1^{er} juillet 1931, qui avait décidé que le contrat de location de fûts n'avait pu continuer avec la masse parce que le syndic l'avait dénoncé dès son entrée en charge.

§ 4. — *Discussion des prétentions*

Nous voyons combien la jurisprudence est divisée et incertaine dans cette matière. Ce ne sont pas seulement des juridictions différentes qui rendent des décisions contraires, mais parfois les diverses chambres d'un même tribunal qui se combattent, et aussi les mêmes magistrats qui se contredisent à quelques jours d'intervalle.

La masse est-elle obligée, faute d'avoir pu les dénoncer en se conformant à leurs clauses, de continuer les contrats successifs en cours d'exécution le jour de la déclaration de faillite, parce qu'elle est l'ayant cause du failli, ou bien au contraire ne peut-elle jamais y être tenue que

(1) Req., 24 octobre 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, II, 883,

par une adhésion volontaire, adhésion qui pourrait tout au plus se présumer du silence du syndic, parce qu'elle est un tiers à l'égard du failli ?

Sur ce terrain, la question est insoluble. Ayant cause ? Tiers ? La Masse est, en vérité, l'un et l'autre. Tout dépend de l'origine du droit qu'elle prétend exercer ou de l'obligation dont on lui demande l'exécution. Elle est l'ayant cause du failli, quand elle réclame le bénéfice d'un droit qu'elle a trouvé dans le patrimoine de celui-ci, dont elle a été investie par le jugement déclaratif, ou réciproquement, quand on exige d'elle le « paiement » d'une obligation qui figurait au passif, exécution qui est sa raison d'être même.

Elle est un tiers au contraire, quand elle se prévaut d'un droit qui lui a été personnellement conféré par la loi, et dont le commerçant ne jouissait pas avant sa faillite, ou bien inversement, à l'égard des dettes issues de l'administration de son patrimoine.

Et donc, en ce qui concerne les contrats du failli en cours d'exécution, elle est sans le moindre doute l'ayant cause de celui-ci, puisque la créance et la dette qu'ils ont fait naître étaient un des éléments du patrimoine du débiteur dont elle a été investie. Il faut nécessairement qu'elle en soit l'ayant cause, car autrement, comme le fait remarquer M. Valéry (1), comment expliquer que la masse puisse exiger l'exécution de ces contrats, comment justifier cette immixtion d'une personne dans les conventions passées par des tiers, au mépris du principe des articles 1119 et 1121 C. civ., aux termes desquels on ne peut stipuler que pour soi-même ? Il serait absolument

(1) Jules VALÉRY, note D. 1910.I.137, précitée.

incompréhensible que la masse puisse se substituer au failli sans l'adhésion des cocontractants de celui-ci.

Mais, « ayant-cause » du failli, qu'est-ce que cela veut dire ? Cela signifie simplement que la masse ne peut méconnaître la validité des contrats conclus par le failli. Quand les obligations qui en découlaient auront été déclarées régulières à l'égard de celui-ci, elles seront régulières à l'égard de la masse. Si par exemple, le débiteur avait intenté une action en nullité du contrat pour erreur ou dol, la décision qui repousse la demande aura également autorité à l'égard de la masse. Ou bien encore, si le montant d'une dette a été liquidé par justice, le chiffre fixé s'imposera à celle-ci qui ne pourra plus le contester. Toute décision devenue définitive pour le failli aura autorité de chose jugée à l'égard de la masse. Elle sera obligée de reconnaître le cocontractant du failli comme créancier de celui-ci, et par conséquent de le recevoir parmi ses membres.

C'est le point essentiel qui domine toute la question.

Quand un tiers contractant réclame de la masse l'exécution d'une convention passée par le débiteur avant sa faillite, il faut examiner, d'après le critérium que nous avons proposé comme conséquence de la personnalité morale de la masse, quelle est la qualité de son droit.

Réclame-t-il l'exécution du droit né du contrat ? Sans doute ce droit est valable, mais il s'agit d'un droit né contre le failli, droit dont le jugement déclaratif a versé l'exercice dans le patrimoine de la masse, en échange de quoi, le cocontractant a reçu une « part d'associé ». C'est uniquement cette part d'associé que le cocontrac-

tant pourra faire valoir pour toutes ses créances ; il ne pourra jamais prétendre, en vertu de son contrat, à une autre qualité qu'à celle de créancier dans la masse.

Réclame-t-il au contraire l'exécution d'un droit né directement contre la masse ? Alors il ne sera plus associé mais créancier de celle-ci, non plus « actionnaire », mais « obligataire ». Mais bien entendu, contre la masse aussi bien que contre le failli, il lui appartient de prouver l'existence de son droit en indiquant quel acte juridique l'a créé. A l'égard du failli, cette preuve résulte du contrat, à l'égard de la masse elle ne pourra résulter, conformément au droit commun, que d'un fait positif d'adhésion, exprès ou tacite, mais indiquant sans contestation, la volonté du syndic de s'assurer le bénéfice du contrat.

Et par conséquent dans le cas particulier du louage d'objets mobiliers, nous concluons que la faillite ne résilie pas le contrat, que le syndic agissant au nom de la masse ne pourra y mettre fin qu'en respectant les conditions prévues et donc en restituant les fûts, puisque telle est la clause de style insérée dans toutes les locations de ce genre. Ne le fait-il pas : le louage continue, le locateur est créancier de la valeur des objets non restitués et de leur loyer jusqu'au jour où la résiliation interviendra, mais n'ayant acquis de droit que sur le patrimoine du failli, il pourra seulement produire à la faillite pour être payé en dividende. Veut-il éviter cette perte, il agira prudemment en demandant au tribunal la résiliation du contrat, mettant ainsi le syndic qui aurait intérêt à le continuer, dans l'obligation de prendre parti et d'engager la masse. S'il veut éviter des frais, le locateur pourra d'ailleurs tenter une proro-

gation amiable, en écrivant au syndic pour l'inviter à choisir. A défaut d'un tel engagement expressément pris par le syndic, la continuation pourra résulter aussi d'une manifestation tacite de sa volonté. Mais là encore, nous pensons que, conformément au droit commun, c'est au demandeur réclamant en justice l'exécution d'une obligation qu'il appartient de prouver son existence.

Nous ne voyons pas quelle justification peuvent apporter à l'appui de leur jurisprudence, les Cours d'appel, et aussi certains arrêts de la Cour de Cassation, qui décident que l'absence de résiliation de la part du syndic fait présumer son intention de continuer le contrat, sauf à lui de prouver que par des faits incontestables il a manifesté une volonté contraire. Sur quel texte, en vertu de quelle loi établir une telle présomption ? Pourquoi le simple silence, qui dans le droit ordinaire des obligations ne vaut jamais assentiment constituerait-il une adhésion de la part de la masse (1) ? C'est bien ce qu'avait aperçu

(1) Il est de principe en effet que, sauf circonstances particulières, le simple silence ne vaut pas acceptation d'un contrat.

MM. PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, VI, n° 108, écrivent à ce sujet : « En Droit, le silence de celui qu'on prétend obligé ne peut suffire en l'absence de toute autre circonstance, pour faire preuve contre lui de l'obligation alléguée. »

En ce sens : Cass., 25 mai 1870, D. 1870.1.257, S. 1870.1.341 ; Cass., 11 janv. 1886, *Gaz. Pal.* 1886, I, 305 ; Rennes, 16 fév. 1906, *Recueil Rennes*, 1906, p. 119.

Cependant, M. DEMOGUE, *op. cit.*, I, n° 185 et II, n° 395, estime que le silence peut être considéré comme l'équivalent d'une manifestation positive de volonté, « dans les cas où cela est utile à une personne et où d'autres ne peuvent s'en plaindre gravement ». Tel n'est, évidemment, pas le cas de la masse.

la Cour d'appel d'Angers, dans l'arrêt du 1^{er} décembre 1931 (1), que nous avons cité, quand elle avait infirmé un jugement décidant que le silence du syndic faisait présumer absolument la continuation de la location et qu'il n'y avait pas lieu d'admettre la preuve du contraire, parce que, dit la Cour, une telle présomption ne repose sur aucun texte. Mais aussitôt après, la Cour déclarait qu'il appartient au syndic de prouver qu'il a dénoncé sinon expressément du moins tacitement la location litigieuse. En somme à la présomption absolue reconnue par le Tribunal, la Cour substituait une présomption simplement relative. Mais nous lui ferons alors le reproche même qu'elle adressait au jugement : sur quel texte repose une telle présomption ? Pourquoi la masse serait-elle soustraite au droit commun en matière de preuve ?

Et donc, l'examen des principes généraux du Droit nous a conduits à reconnaître le bien fondé de la thèse des syndics, sous la réserve cependant de préciser que la masse n'est pas toujours un tiers à l'égard du failli. Elle est son ayant cause, tant qu'il s'agit de l'exécution des contrats valablement passés par le débiteur avant le jugement déclaratif, et c'est ce qui lui permet d'en exiger la continuation quand elle y a intérêt, mais elle devient un tiers, lorsque pour paralyser l'action résolutoire de la partie adverse, elle s'engage à exécuter personnellement la prestation due par le failli, parce qu'alors elle accomplit un acte de gestion de son patrimoine.

L'équité commande d'ailleurs impérieusement de donner gain de cause aux syndics. En décidant que la loca-

(1) Voir *supra*, p. 196.

tion continue de plein droit avec la masse, ou même simplement que le silence du syndic fait présumer cette continuation, on aboutit à accorder au loueur un avantage extraordinaire au détriment des autres créanciers, simplement parce qu'il a eu la chance que son contrat fut par nature successif, tandis que les leurs étaient instantanés. Pourquoi le caractère successif d'un contrat équivaldrait-il à un privilège ? Si au lieu d'une location, le propriétaire des fûts ou des sacs avait consenti au commerçant un prêt à usage moyennant une somme fixe, personne ne contesterait qu'il est simplement créancier dans la masse pour le paiement de cette somme quel que soit par la suite le sort des objets loués, à moins qu'il ne prouve que la masse a profité du prêt ou qu'elle a commis quelque faute à son détriment. Les deux situations sont exactement les mêmes, pourquoi une telle différence de traitement ?

M. Albert Chéron, dans deux notes (1) que nous avons déjà signalées, se montre partisan de cette opinion en faisant bien remarquer que la masse n'est pas seulement un tiers par rapport au failli, et il écrit : « En effet la masse, sans être comme on l'a soutenu, un tiers à l'égard du contrat passé par le débiteur avant la période suspecte, ne prend cependant pas de plein droit le contrat à sa charge. Elle est seulement tenue d'admettre à production les créances qui en résultent contre le failli. Il ne faut pas dire que le contrat cesse d'être opposable à la masse, quand le syndic l'a dénoncé. Il lui est opposable à fin de concours en vue d'obtenir un dividende, et sa dénonciation par le syndic ne change rien tant qu'il

(1) Notes Albert CHÉRON, précitées, D. 1931.2.61 et D. 1927.2.91.

n'y a pas eu résiliation. C'est au contraire, l'adhésion de la masse au contrat qui modifie la situation en rendant le bailleur créancier de la masse à dater de la déclaration de faillite, mais cette adhésion a besoin d'être prouvée. Elle peut d'ailleurs être tacite et résulter du fait démontré que la masse a profité des objets loués. »

La Cour de Cassation, après les nombreuses hésitations et les revirements que nous avons constatés, a fini par approuver cette théorie dans deux arrêts tout récents, qui ont le grand mérite d'élever en principe leurs décisions, et qui pour cela, nous paraissent devoir être textuellement rapportés :

Le premier de ces arrêts fut rendu par la Chambre des Requêtes le 10 juillet 1933 sur pourvoi formé contre un arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 16 mars 1932, dans une affaire qui opposait la maison Roblin à la faillite de la Société des Grands Moulins d'Angers (1), le loueur réclamait, comme d'habitude, le paiement par la masse de la consignation des sacs non restitués et du loyer jusqu'au jour de ce paiement. L'arrêt repoussa cette prétention et la Chambre des Requêtes le confirma dans ces termes :

« Attendu que si l'événement de la faillite laisse subsister les engagements antérieurement contractés par le failli, la masse, qui est un *tiers*, n'est pas obligée de les prendre à son compte ; qu'elle ne saurait être tenue que si expressément ou tacitement, elle en a marqué la volonté, ou se trouve en avoir profité ; qu'il incombe à celui qui se prétend créancier de la masse d'en rapporter la preuve. »

(1) Req., 10 juillet 1933, *Gaz. Pal.*, 1933, II, 583 (avec l'arrêt qui faisait l'objet du pourvoi), D. H. 1933, p. 510.

Peu de temps après, la Chambre civile eut à examiner un pourvoi introduit contre un arrêt de la Cour d'appel d'Angers du 20 mars 1930 décidant que : « Les contrats de location d'objets mobiliers ne sont pas résolus « ipso facto » par la faillite ; qu'étant successifs et se renouvelant de période en période, ils continuent en principe au profit de la masse aussi longtemps qu'ils n'ont pas été dénoncés et que les objets pris en location n'ont pas été restitués ; que si les objets mobiliers remis en location au failli ne se retrouvent plus dans ses magasins au moment de l'inventaire, parce qu'ils sont engagés dans les opérations de la faillite, la masse est tenue de restituer les dits objets, ou à défaut d'en payer la valeur en outre, de tenir compte au bailleur du prix de location après la faillite. »

La Cour de Cassation par arrêt du 14 avril 1934 (1) cassa cette décision pour les motifs que : « Le créancier qui tient ses droits d'un contrat conclu avec un commerçant tombé en faillite, ne peut, s'il n'est privilégié, que produire à la faillite dans les conditions d'égalité établies par la loi entre tous ceux qui composent la masse.

« Que pour réclamer son paiement par voie de prélèvement préalable sur l'actif de la faillite, il devrait justifier de l'existence d'une obligation nouvelle superposée à celle du failli et dont la masse se trouverait elle-même tenue envers lui à raison d'un engagement pris ou d'un fait accompli par le syndic en sa qualité de représentant de la dite masse.

(1) Civ. 14 avril 1934, D. H. 1934, p. 298, *Gaz. Pal.*, 1934, I, 880, *Gaz. Trib.*, 1934, I, 1, 2.

« Attendu que le Comptoir de l'Industrie du Jute ayant donné en location un certain nombre de sacs à la Société des Grands Moulins d'Angers, alors « in bonis », l'arrêt attaqué a déclaré la masse de la faillite de cette dernière tenue d'acquitter intégralement par prélèvement sur l'actif les sommes représentant la valeur des sacs non restitués au Comptoir locateur, et aussi le prix de location pour la période courue depuis le jugement déclaratif.

« Attendu, que par ses conclusions d'appel, le syndic soutenait n'avoir jamais consenti à continuer pour le compte de la masse cette location de sacs litigieux, qui, à son dire, avait disparu dès avant la faillite prononcée, et qui, d'ailleurs n'aurait été d'aucun profit pour la masse étant donné la cessation du commerce de la Société des Grands Moulins.

« Attendu que sans contester l'exactitude des faits matériels ainsi affirmés par le syndic, la Cour d'Appel a jugé en droit, que, faute par le Syndic de dénoncer la location à durée indéterminée consentie au failli, et faute aussi par lui de restituer au locateur les objets loués, la masse est « réputée juridiquement » profiter du contrat et se trouver elle-même tenue de toutes obligations y prévues à la charge du failli.

« Mais attendu que les présomptions de droit sur lesquelles la Cour d'Appel a fondé exclusivement sa décision, ne résultent d'aucun texte de loi ni d'aucun principe.

« Que faute d'avoir puisé dans les éléments et les circonstances particulières de la cause, la preuve soit d'une obligation que le syndic aurait contracté au nom de la masse envers le locateur, soit d'un enrichissement sans

cause que la masse aurait réalisé au dépens du locateur, l'arrêt attaqué manque de base légale.

« Par ces motifs... casse... renvoie devant la Cour de Rennes. »

Cette fois, la Cour de Cassation a pris nettement parti et dans des termes qui ne laissent place à aucune équivoque, elle déclare que le contrat passé avec le failli, n'est créateur de droit que contre celui-ci, que, pour que la masse y soit obligée sur son patrimoine personnel, il faut un nouvel acte générateur de droits qui peut résulter soit d'une déclaration expresse du syndic, marquant sa volonté de poursuivre le contrat, soit de faits impliquant tacitement cette intention, mais qu'elle ne peut jamais se présumer parce que la loi n'a pas prévu une telle présomption.

La discussion nous paraît donc être close, et nous ne voyons pas comment un tribunal pourrait aujourd'hui reprendre les errements antérieurs. Nous attendons cependant avec impatience la décision de la Cour de renvoi. Se soumettra-t-elle ? Voudra-t-elle provoquer la réunion des trois chambres de la Cour suprême ? Dans cette hypothèse, la décision finale nous paraît guère douteuse, étant donné l'accord des deux chambres civiles. Ajoutons que la toute dernière jurisprudence se conforme à l'opinion de la Cour de Cassation. Par jugement du 8 janvier 1934, le Tribunal de commerce d'Oran (1), a refusé à la Société des Pétroles Shell le droit d'obtenir paiement, en qualité de créancière de la masse, des emballages fournis à un garagiste mis depuis en liquidation judiciaire, faute d'avoir prouvé que la masse les avait utilisés.

(1) Trib. Com., Oran, 8 janvier 1934, *Journ. Faill.*, 1934, p. 88.

§ 5. — *Faits d'où peut résulter la preuve
de la continuation tacite de la location par la masse*

Il appartiendra donc au loueur qui se prétend créancier de la masse de prouver que le syndic a continué la location. Comment rapportera-t-il cette preuve ?

Si le syndic lui a écrit pour l'en informer, aucune contestation ne sera possible, mais une telle pratique est assez rare. La plupart du temps, le loueur prétendra que si le syndic a gardé le silence, il n'en est pas moins vrai que par ses actes il a manifesté l'intention tacite de bénéficier du contrat.

C'est là une question de fait que les juges consulaires et les Cours d'appel devront résoudre en s'inspirant des caractères particuliers à chaque cause, tout au plus, quelques idées générales peuvent être tirées de la jurisprudence antérieure.

Nous avons repoussé la thèse d'après laquelle le silence du syndic vaudrait aveu de continuation parce qu'elle aboutit à créer une présomption en dehors de celles prévues par les lois. Ce n'est donc que tout à fait exceptionnellement, lorsque les circonstances particulières du procès permettront de penser d'une façon certaine que le syndic a voulu conserver la location, que les juges pourront déduire de son silence une telle acceptation (1).

Dans son arrêt du 19 mars 1903 (2) que nous avons déjà cité, la Cour d'appel de Bordeaux a décidé que le syndic avait continué un contrat de location parce que :

(1) V. p. 203, note 1.

(2) Bordeaux, 19 mars 1903, *Journ. Faill.*, 1903, p. 412 et sur pourvoi, Req., 9 nov. 1904, D. 1905.149. Voir § 3 ci-dessus, p. 163 et 165.

« Suivant l'usage constant de la place de Bordeaux, les contrats de location de futailles qui ne sont pas dénoncés par le syndic, continuent malgré la déclaration de faillite du locataire... »

Cette décision nous paraît mal fondée. Les usages et coutumes du commerce local n'ont de valeur juridique que comme clause tacite du contrat, clause que les parties sont censées avoir adoptées pour ne les avoir pas expressément répudiées. Comme toutes les autres clauses de la convention, elles ne peuvent lier que les contractants eux-mêmes et nous nous retrouvons dans la même situation que précédemment. La location intervenue uniquement entre le propriétaire des sacs ou des fûts et le failli ne saurait lier la masse par ses clauses écrites, ni à fortiori par ses clauses tacites. Le syndic n'est pas obligé d'en tenir compte, parce qu'aussi longtemps qu'il n'a pas volontairement adhéré au contrat, la masse y est restée étrangère.

Et cela nous conduit à prendre position à l'égard d'une autre clause, à vrai dire assez rare dans la catégorie de contrats qui nous occupe, mais que nous retrouverons dans un contrat faisant appel aux mêmes principes juridiques que la location, l'assurance, clause aux termes de laquelle cette location continuerait de plein droit avec la masse à défaut d'une dénonciation expresse du syndic. Les raisons qui nous ont fait repousser, à l'égard de la masse, la validité de la clause tacite, doivent également nous la faire condamner quand elle est expresse. Le failli n'a jamais le pouvoir de lier juridiquement la masse. Et donc toute clause par laquelle un commerçant prétendrait, pour le cas où il tomberait en faillite, imposer la continuation d'un contrat successif à la masse de ses

créanciers ne constituera qu'une « promesse pour autrui », qui par conséquent ne pourra obliger la masse qu'après acceptation du syndic ; elle est donc parfaitement inutile.

Appuyée par une clause de porte-fort une telle promesse rendra son bénéficiaire, si le syndic se refuse à poursuivre le contrat, créancier du failli et donc associé dans la masse, pour la somme fixée. Elle jouera simplement le rôle d'une clause pénale pour résiliation anticipée (1). Si l'indemnité convenue est assez forte, cette promesse incitera peut-être le syndic à accepter la continuation du contrat, plutôt que d'admettre une nouvelle créance dans la masse. Elle ne saurait en aucune façon l'y contraindre.

Au contraire, la clause prévoyant la résiliation de plein droit de la location en cas de faillite du locataire est opposable à la masse. Ce n'est pas en effet contre elle mais contre le failli, que se produit la résolution, et le contrat a cessé d'exister au moment où naît la masse.

Beaucoup d'autres décisions que nous avons déjà citées : notamment un arrêt de la Cour de Bordeaux du 2 avril 1903 et sur pourvoi un arrêt de la Chambre civile

(1) La promesse pour autrui avec clause de porte-fort constitue en effet un engagement sous condition suspensive. Si le tiers, au nom de qui le promettant a stipulé, se refuse à ratifier, la condition se réalise et l'obligation prend rétroactivement naissance au jour où la promesse a été faite, et donc dans notre hypothèse, avant la déclaration de faillite, sauf à examiner si elle n'est pas annulable par application de l'art. 447 du Code de commerce.

Au sujet de la promesse pour autrui et de la clause de porte-fort, consulter PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, VI, n^{os} 48 et s. ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, n^{os} 138 et s. ; DEMOGUE, *op. cit.*, VII, n^{os} 881 et s. et n^o 895.

du 26 avril 1906 (1) et un autre arrêt de la Chambre des Requêtes du 16 mars 1909 (2), rendu sur les conclusions de M. l'avocat général Feuilloley, ont estimé que le syndic devait être censé avoir continué le contrat de location quand les objets avaient été sous-loués ou prêtés par le failli à des clients. L'avocat général Feuilloley déclarait que dans ce cas la masse se trouve avoir profité directement ou indirectement de la location, soit parce qu'elle touche les loyers du sous-locataire, soit parce que les marchandises livrées logées auront été vendues plus cher que non logées, soit tout au moins parce que, en laissant le loueur revendiquer les choses louées contre le tiers détenteur, elle se serait exposée à une action en dommages-intérêts de la part de ceux-ci. C'est aussi l'opinion soutenue par M. Denisse dans la note des *Pandectes françaises* que nous avons rappelée (3). Il estime que l'appréciation du profit retiré par la masse, et par conséquent du nombre des cas de location tacite, doit être faite très largement, parce que sans le secours des objets loués, le failli n'aurait pas pu exercer son commerce.

Disons-nous que ces arguments ne nous paraissent pas très convaincants, car les prétendus profits retirés par la masse ont été réalisés par le débiteur avant la faillite. Au jour du jugement déclaratif, ce bénéfice constituait déjà un élément de l'actif du patrimoine dont la masse a été investie.

Il est bien évident, en effet, que par tous ses contrats

(1) Conf., *supra*, p. 170.

(2) Conf., *supra*, p. 182.

(3) *Pand. Franç.*, 1906, 1.309,

le commerçant ne s'est engagé que pour recevoir quelque chose d'utile à son commerce et dont la masse profitera le jour où elle reprendra la gestion de son fonds. Si l'on veut qualifier « créanciers de la masse » tous les contractants qui ont, par leurs fournitures, contribué à constituer l'actif du failli, nous nous demandons qui restera créancier dans la masse.

En réalité, la sous-location consentie par le failli est comme tous ses actes juridiques, sans aucun effet à l'égard du patrimoine personnel de la masse. Sans doute si le sous-locataire avait un contrat à durée déterminée, il pourrait après revendication du propriétaire, exercer une action en dommages-intérêts, qui seraient seulement payés en monnaie de dividende puisque issus d'un contrat passé par le failli. Sans doute aussi le syndic ne pourrait-il pas conserver les loyers payés par les sous-locataires s'il ne continuait pas la location principale, parce que la masse réaliserait un enrichissement sans cause au détriment du locateur, les paiements étant faits en exécution d'un contrat qui ne la concerne pas. Mais cela ne doit pas priver le syndic du droit de choisir librement dans l'intérêt de la masse entre continuer la location, ou laisser le loueur revendiquer ses objets.

Pas plus dans l'hypothèse où les objets auraient été remis à des tiers que dans celle où ils auraient été retrouvés dans les magasins du failli, le silence du syndic ne saurait préjuger de son acceptation. La raison en est la même : sur quel texte reposerait une telle présomption ?

Dans le cas contraire, le locateur n'aura d'autres ressources que de demander la résiliation du contrat et de revendiquer les objets loués entre les mains des tiers détenteurs. Le syndic doit lui fournir tous renseigne-

ments à cet égard. Une négligence de sa part constituerait une faute dont la masse serait comptable envers le loueur ; notons bien qu'il est tenu de fournir ces renseignements non pas en vertu du contrat de location qui lui est étranger, mais par application de l'article 1383 C. civ. parce que en s'en abstenant il commettrait une négligence dans l'exercice de ses fonctions.

La 7^e Chambre de la Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 26 juin 1930 (1), a jugé que les démarches du liquidateur en vue de faire rentrer les sacs impliquent de sa part continuation du contrat. Cela nous paraît incompréhensible. Comment du fait que le syndic a réclamé les sacs à un tiers détenteur déduire qu'il a voulu poursuivre la location ? Ne peut-on pas supposer, avec plus de vraisemblance qu'il les réclamait pour les restituer plutôt que pour s'en servir à nouveau, alors, surtout, que l'arrêt remarque qu'il avait déjà restitué ceux retrouvés.

La 4^e Chambre de cette Cour devait se prononcer en ce sens par son arrêt du 16 janvier 1931 (2). Cette même chambre a également déclaré avec raison, dans son arrêt du 1^{er} février 1930 (3) que l'apurement des comptes entre le loueur et le syndic ne constitue pas une reprise du contrat. En effet le syndic n'a certainement agi que pour faciliter l'admission de la créance du locateur.

Enfin, de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 10 juillet 1933 (4), on peut déduire par a contrario que la continuation du contrat ne peut être prouvée tacitement qu'en établissant que le syndic s'est livré à une opéra-

(1) Voir p. 192.

(2) Voir p. 193.

(3) Voir p. 191.

(4) Voir p. 206.

tion sur les objets loués, en a tiré avantage, ou les a vendus à son profit.

Et c'est là en effet le seul mode vraiment probant de la continuation de la location, en dehors d'un écrit du syndic. Il faut que le syndic se soit servi des objets dans l'intérêt de la masse postérieurement à la faillite.

On ne pourra donc, sauf circonstances exceptionnelles, décider que le syndic a voulu implicitement reprendre la location pour le compte et dans l'intérêt de la masse, que dans le cas où il aura utilisé les objets loués, soit pour livrer des marchandises déjà vendues par le failli, parce qu'il lui aura paru avantageux de faire profiter la masse du prix convenu et d'éviter ainsi peut-être une admission pour dommages-intérêts au passif chirographaire, soit pour livrer des marchandises qu'il aura vendues au cours de la continuation du commerce.

Deux points nous restent encore à élucider :

On a parfois prétendu que, lorsque la masse reprenait un contrat de location, elle devait s'engager à payer personnellement tous les loyers et toutes les consignations qui peuvent être dues par le failli. C'est là une erreur certaine. Le louage ne fait pas naître à la charge du locataire une obligation unique et indivisible au paiement de tous les loyers depuis le jour de l'entrée en jouissance jusqu'au jour de la restitution, mais une série de petites obligations naissant au jour le jour et dont chacune à sa cause dans la jouissance des objets loués en ce jour. C'est donc le failli et lui seul qui est débiteur jusqu'au moment de la reprise du contrat par la masse, et celle-ci n'est obligée que pour la période suivante,

Enfin il se pourrait que le syndic après avoir expressément déclaré qu'il entendait ne pas reprendre le contrat, ait cependant fait usage des objets loués dans l'intérêt de la masse.

La Cour d'appel de Rennes, dans un arrêt du 11 mars 1932 (1), a décidé que dans cette hypothèse le locateur est créancier de la masse, nonobstant la dénonciation faite par le syndic. C'est l'évidence même, et on ne saurait trop approuver cette décision.

SECTION II. — LE LOUAGE D'IMMEUBLES (2)

§ 1^{er}. — *Exposé de la législation*

La faillite du propriétaire n'étant d'aucun effet sur le contrat pour les raisons déjà exposées (3) nous nous limiterons à l'étude de la faillite du locataire.

Le bail est le plus important des contrats conclus par le débiteur avant sa faillite, car le droit qui en résulte, droit qui depuis les lois récentes sur la propriété commerciale est devenu presque « réel », constitue l'élément essentiel de son fonds de commerce.

S'il vient à manquer, le concordat demeure incertain.

(1) Rennes, 11 mars 1932, D. H. 1933, *Sommaires*, p. 10.

(2) Consulter PERCEROU, *op. cit.*, n^{os} 936 et s. ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VIII, n^o 864 ; THALLER, *A propos du privilège du bailleur dans la faillite* (*Ann. Droit com.*, 1896, p. 297) ; BONNICHON, thèse précitée, Paris, 1900 ; Maurice PRÉVOST et Georges HÉREIL, *Des droits du bailleur propriétaire d'immeuble dans la faillite de son locataire*, 1934.

(3) A moins que le locataire ne fut devenu créancier du bailleur, en raison d'une inexécution du contrat par la faute de celui-ci ou bien parce qu'il a obtenu une réduction de son loyer en application d'une des lois d'exception intervenues depuis 1919. Dans ce cas, il ne pourrait naturellement que produire à la faillite. Cf., *supra*, p. 150.

Le fonds même ne pourra plus être vendu, car la perte de son premier élément entraînera presque nécessairement la disparition du second : la fidélité de la clientèle est surtout faite d'habitudes. La location d'un nouveau local par le syndic, ou par le failli après concordat, exigera trop de frais d'agencement, la clientèle sera trop aléatoire, pour que l'on puisse sérieusement l'envisager dans la majorité des cas. A plus forte raison si ce n'est pas un magasin mais une usine que le failli avait louée.

En prenant ses fonctions le syndic aura un double souci : ne pas laisser résilier le bail, mais ne pas le laisser davantage mettre de plein droit à la charge de la masse.

En effet, la continuation du commerce du failli est un acte très grave qui engage tout le patrimoine de la masse. Avant de prendre un parti d'où dépendra l'avenir de la faillite, le syndic voudra connaître exactement la situation du failli, faire l'inventaire de ses biens, recenser ses dettes. Ce n'est guère avant la vérification des créances qu'il pourra prendre une décision raisonnable. Et d'ici là, s'il existait des causes de résiliation, il y aura bien des chances pour que le bailleur l'ait fait prononcer.

Il importera donc au syndic d'empêcher cette résiliation sans toutefois engager encore définitivement la masse.

Parer au danger d'expulsion sans toutefois mettre définitivement le bail à la charge de la masse, réduire les effets du privilège du bailleur sans toutefois le priver complètement de son droit de gage sur les meubles du locataire, tels sont, les deux objets de la loi du 12 février 1872.

L'augmentation du nombre des faillites provoquées par la crise économique qui suivit le désastre de 1870, avait rendu plus sensible encore les abus de la législation de 1838. Il était devenu indispensable de la modifier.

Pour bien comprendre le sens de la loi nouvelle, il faut esquisser la situation antérieure.

Le bailleur est en effet le contractant auquel le Code civil a le mieux garanti l'exécution de ses droits. Placé dans le droit commun il n'eut pû, comme le loueur d'objets mobiliers, que résilier ou continuer en qualité de créancier dans la masse. Mais l'article 2102 § 1^{er} du Code civil lui confère privilège, lorsque le bail a date certaine (et il l'aura toujours depuis la loi du 23 août 1871 qui prescrit leur enregistrement), « pour tout ce qui est échu et tout ce qui est à échoir », c'est-à-dire pour tous termes passés ou à venir. Appliqué à la faillite, ce privilège allait donner lieu à des abus scandaleux.

Le matériel et les marchandises ne pouvaient-ils garantir que les termes déjà échus : le bailleur les faisait vendre, se payait par préférence sur leur prix, demandait la résiliation avec dommages-intérêts également privilégiés s'il y avait lieu, et relouait les locaux. Il était le seul créancier à ne rien perdre dans la faillite de son locataire, tandis que tous les autres, et notamment les fournisseurs, étaient complètement frustrés.

Garantissaient-ils plus que les termes échus ? Le bailleur réclamait alors paiement par privilège de tous les loyers à venir jusqu'à l'expiration du bail, en s'appuyant soit sur l'article 1188 C. civ. quand le syndic avait fait enlever les meubles, puisque en vertu de cet article la

perte des garanties entraîne la déchéance du terme, soit simplement sur l'article 444 C. com. qui prononce d'une façon générale cette déchéance en cas de faillite du débiteur, et la jurisprudence avait reconnu le bien-fondé de cette prétention (1). Solution regrettable du point de vue juridique, parce qu'il est bien certain que l'article 444 ne concerne pas les créanciers garantis par une sûreté particulière (ils sont régis uniquement par l'article 1188 C. civ.) et surtout parce que le louage n'est pas un contrat à terme par lequel le locataire deviendrait dès le jour de sa conclusion débiteur de tous les loyers à venir payables à échéances déterminées, mais un contrat successif : c'est-à-dire un contrat faisant naître une série de petites obligations quotidiennes dont chacune a sa cause dans la jouissance journalière des biens loués.

Au point de vue économique, la jurisprudence de la Cour de Cassation était particulièrement dangereuse. Le propriétaire bien qu'il ne fût privé d'aucune des sûretés qui garantissaient sa créance avant la faillite, pouvait en exiger paiement par la masse, ou vendre les meubles du failli, se payer sur leur valeur et ne laisser à la masse que le droit d'occuper les locaux, jouissance dont elle ne savait que faire, puisque le matériel et les marchandises nécessaires à la continuation du commerce avaient disparu. C'était peut-être la clôture pour insuffisance d'actif, en tous cas l'union, imposées par un créancier dont les droits n'étaient même pas menacés, à tous les autres.

La faillite permettait ainsi au bailleur de réaliser un

(1) Req., 25 juill. 1868, S. 1869.1.13, D. 1872.1.95 ; Civ., 16 fév. 1870, D. 1870.1.260, S. 1870.1.398.

bénéfice certain puisqu'il allait être payé immédiatement de tous les loyers à venir, et les baux commerciaux sont en général d'une assez longue durée. C'était donc une bonne affaire qu'il réalisait parfois de connivence avec son locataire, au détriment des autres créanciers.

La loi de 1838 n'avait accordé qu'une bien légère protection à la masse. En vertu de l'article 450 ancien du Code de commerce, le bailleur ne pouvait procéder à aucune mesure d'exécution pendant les trente jours qui suivaient la déclaration de faillite. Ce délai dans l'esprit du législateur devait permettre au syndic de se procurer les fonds nécessaires pour payer les loyers. Mais il n'interdisait pas au propriétaire d'obtenir jugement, et de faire saisir les meubles dès le trente et unième jour.

La loi de 1872 a paré au danger de résiliation prématurée du bail en refondant l'article 450, et au danger d'absorption de l'actif par l'exercice du privilège du bailleur, en modifiant l'article 550.

Trois points ressortent de ces textes à vrai dire assez confus : 1° Le bailleur ne pourra exercer aucune action en résiliation ni aucune voie d'exécution pendant la période qui s'étend de l'ouverture du jugement déclaratif au huitième jour inclus qui suivra l'expiration du délai accordé aux créanciers domiciliés en France pour faire vérifier leur créance (1). C'est cette « trêve du propriétaire » que l'on appelle la période suspensive.

2° Le syndic s'il veut reprendre le bail au bénéfice de la masse, pourra, jusqu'au dernier jour de ce délai, faire

(1) En matière de liquidation judiciaire, l'article 18 de la loi du 4 mars 1889 accorde un délai de huit jours après la première assemblée de vérification. Pour la durée pratique du délai, consulter PRÉVOST et HERIIL, *op. cit.*, pp. 20 et s.

part de sa décision au propriétaire, sous forme de notification.

Aucune forme n'est exigée par la loi.

3° Après réception de cette notification, le propriétaire a un délai de 15 jours pour demander en justice la résiliation du bail pour motifs antérieurs à la faillite. Il faut noter que le délai accordé au syndic n'est pas limitatif. Il conserve le droit de notifier après, son intention au bailleur. Mais, comme l'expiration du premier délai fait courir le second, le bailleur de son côté aura conservé le droit de demander encore la résiliation.

L'article 550 réduit les abus provoqués par le privilège du propriétaire ; il distingue deux cas :

1° La résiliation est demandée par le bailleur pour des motifs antérieurs à la faillite, sans que le syndic ait fait enlever les meubles garnissant les locaux :

Le privilège garantira les deux dernières années de loyers échus et l'année courante.

2° La résiliation est demandée par le bailleur parce que le syndic a fait enlever les meubles, c'est-à-dire en définitive que la résiliation a été demandée sur l'initiative du syndic qui en faisant ôter les meubles a un moyen pratique de provoquer cette résiliation :

Le privilège garantira les deux dernières années échues, l'année courante, et l'année à venir (1).

L'année de location que la loi garantit au bailleur à titre privilégié au cas où le syndic aurait fait enlever les

(1) Au sujet des différents modes de calcul de ces délais, consulter PERCEROU, *op. cit.*, II, n^{os} 951 et s. ; LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, n^{os} 2110 et s.

meubles, ne lui est pas accordée comme dommages-intérêts, mais comme loyers. Il devra donc pendant un an laisser la jouissance des locaux à la masse.

Dans cet état de la législation, il nous faut nous demander dans quelles hypothèses et pour quelles périodes la masse sera obligée personnellement au paiement des loyers.

Quatre cas nous paraissent pouvoir être distingués selon le parti qu'aura pris le syndic.

§ 2. — *La location est continuée par la masse*

Le syndic a adressé au bailleur la notification prévue par l'article 450 C. com., pour l'informer qu'il continuait la location au nom de la masse. Il a par cela même engagé celle-ci à payer les termes de loyer, mais lesquels exactement ? Il convient de faire une sous-distinction entre les termes échus avant la déclaration de faillite, les termes correspondant à la période suspensive, et les termes qui viendront à échoir après la reprise de la location par la masse.

I. Dans la majorité des cas, le commerçant en difficulté n'aura pas pu payer ses derniers termes de loyer. Ces termes, échus avant la faillite, sont incontestablement des dettes du failli. Ils ne seraient payables qu'au marc le franc comme créance dans la masse si, nous l'avons vu, le Code civil ne les avait garantis par un privilège s'étendant sur tous les meubles qui garnissent les lieux loués, privilège que la déclaration de faillite a réduit mais non pas supprimé. Dès lors, si le syndic veut empêcher le bailleur de saisir le matériel et les marchandises du failli pour se payer de ses créances sur leur prix de vente, puis après d'obtenir la résiliation,

du bail en raison de la disparition de sa garantie, il devra, dans sa notification, lui faire offre au nom de la masse, de payer immédiatement, sur les premiers fonds de la faillite, tous les termes dus à titre privilégié.

Cette offre désarmera l'exercice du privilège de l'article 2102. Suffira-t-elle toujours à désarmer l'action résolutoire ? C'est là un des points les plus controversés de la législation des faillites. Il se peut en effet que le propriétaire soit créancier de plus de deux années de loyers : de trois à cinq et davantage même s'il a pris la précaution d'interrompre la prescription de l'article 2277 C. civ.

Puisque ces loyers ne sont plus privilégiés, le syndic, dans sa notification, offrira simplement de les admettre au passif chirographaire en qualité de créances dans la masse. Mais alors, et c'est toute la question, le propriétaire pourra-t-il répondre en exerçant dans les 15 jours de la notification l'action résolutoire qu'il avait contre le failli, action fondée sur le non paiement de plusieurs termes échus et sur le paiement simplement partiel qui résultera de l'admission de sa créance au passif chirographaire, ou bien au contraire, l'offre du syndic suffira-t-elle à paralyser sa demande ?

Au premier abord, on ne voit pas l'intérêt qu'aura le propriétaire à demander la résiliation du bail, puisque de toute façon, il ne doit être payé de cette catégorie de termes, qu'au marc le franc ; il semble bien au contraire, que mieux vaudrait pour lui, faciliter la continuation du commerce afin d'obtenir un dividende plus avantageux. Et cela d'autant plus que le bail doit continuer pour l'avenir avec la masse, alors qu'il n'est pas certain de trouver immédiatement un nouveau locataire.

Cet intérêt peut se rencontrer cependant dans deux hypothèses :

D'abord le syndic peut paraître au propriétaire très désireux de continuer le commerce. En le menaçant de faire résilier la location, le bailleur aura un moyen de pression très énergique, on peut presque écrire de chantage, pour le contraindre à lui offrir au nom de la masse, paiement de tous les termes échus sans exception.

Ou bien, le propriétaire qui par hypothèse, aura reçu paiement des deux années échues, s'apercevra que l'actif de la masse se réduit aux marchandises et au matériel situés dans les locaux et que ces meubles suffiront à peine à lui assurer le paiement de l'année courante pour laquelle il est privilégié, soit parce que leur valeur est insuffisante, soit parce que son privilège est primé par celui du Trésor (1). Il n'aura plus alors aucun intérêt à continuer la location avec la masse. Sans doute pour l'avenir serait-il créancier direct de celle-ci, mais cette substitution de débiteur ne lui apporte aucune sécurité nouvelle puisque les meubles sont à peine suffisants pour lui assurer le paiement de l'année en cours. Bien plus, si le syndic vient à interrompre le commerce au cours de la location, ces mêmes meubles devront encore lui garantir paiement d'une année à venir pendant laquelle il devra laisser la masse en possession des lieux.

Il sera beaucoup plus avantageux pour lui de faire résilier le bail, puis de vendre les meubles pour se payer du loyer de l'année en cours, et de chercher un nouveau locataire pour l'avenir. Ce qui ces dernières années n'était

(1) Cf. Bordeaux, 14 mars 1894, *Journ. arrêt Bordeaux*, 1894, p. 150.

pas difficile. Dans ce cas encore, le syndic s'il veut continuer l'exploitation du commerce devrait emprunter les fonds nécessaires pour payer les loyers en retard. Mais peut-il juridiquement faire résilier la location ?

M. Thaller (1) soutient que non : « On est autorisé à conclure de là, écrit-il, que le syndic en payant deux années sur les fonds de la faillite, et non davantage, même quand il y aurait un retard plus considérable désarmera le bailleur de toute offensive.

« C'est là un point qui n'est pas très clair (au cas de résiliation porte l'article 550 le bailleur une fois payé de tous les loyers échus...), et sur lequel la législation devrait de toute manière être remaniée dans un sens favorable à la masse ».

Et M. Thaller fournit un argument d'équité incontestable : En permettant au propriétaire d'exiger de la masse paiement de cinq années, peut-être même davantage, on fait renaître par une voie détournée les abus antérieurs. On permet au seul créancier qui soit assuré de ne rien perdre dans la faillite, d'interdire aux autres la continuation du commerce qui leur eût permis d'obtenir un dividende plus avantageux. Et donc, en cas de doute, il faut préférer les intérêts de la masse.

Cependant MM. Lacour et Bouteron (2), M. Bonnichon (3) se prononcent en faveur de la thèse du propriétaire, tout en déplorant l'injustice que vont subir les créanciers dans la masse. Nous pensons avec eux que

(1) THALLER, article précité, *Ann. Dr. com.*, 1896, p. 297. — Dans le même sens, PRÉVOST et HÉREIL, *op cit*, p. 39.

(2) LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, n° 2110, note 1.

(3) BONNICHON, thèse, Paris, 1900. Consulter, dans le même sens, Rép. gén. Alph. Droit français, v° *Faill.*, n° 3808.

l'offre d'admission du propriétaire au passif chirographaire pour les loyers privilégiés ne suffira pas à paralyser l'exercice de son action résolutoire ; aucun doute ne nous semble même possible à cet égard.

En effet, l'action résolutoire et le privilège sont deux droits trop différents quant à leur origine et à leur raison d'être, pour que l'on puisse tenter le moindre rapprochement entre leur champ d'application.

L'action résolutoire du bailleur impayé est une application du grand principe de l'interdépendance des obligations dans des contrats synallagmatiques, énoncé par l'article 1184 C. civ., et rappelé par le Code civil pour chacun de ces contrats, et en particulier pour le bail, par l'article 1741. Si l'une des parties ne remplit pas ses engagements, l'autre n'est plus obligée d'exécuter les siens. Le régime spécial de la faillite y apporte-t-il une exception ? Certainement non. En organisant la procédure de faillite, la loi a simplement voulu substituer à des mesures d'exécution individuelles une procédure d'exécution collective. Elle n'a, en aucun moment, entendu priver les cocontractants du failli du droit de faire résilier leurs conventions. Bien mieux, l'article 578 C. com. prévoit formellement une telle résiliation.

Le régime particulier fait au bailleur par les articles 450 et 550 nouveaux permet-il de conclure à cette suppression ? Pas davantage. Il se borne à retarder l'exercice de l'action en résiliation et à réduire le privilège de l'article 2102 C. civ.

Il semble cependant que si le législateur avait voulu créer une telle exception à l'article 1184, il n'eut pas manqué de le dire clairement. Or, comme le remarque M. Thaller, le texte de l'article 550 C. com. dit précisé-

ment le contraire : « Au cas de non-résiliation, le bailleur, une fois payé de *tous* les loyers échus... » Sans doute un argument de texte n'est-il jamais bien probant, mais l'intention du législateur s'éclaire en examinant les travaux préparatoires de la loi.

Dans le rapport qu'il présenta devant l'assemblée nationale (1), M. Delsol écrivait :

« La conséquence à tirer de ces principes est que la résiliation devra être écartée par les tribunaux toutes les fois que le bailleur se bornera à invoquer le fait de la faillite. Mais si le locataire, outre qu'il est tombé en faillite, n'a pas exécuté le contrat, si par exemple, *il n'a pas payé les loyers échus*, ou s'il a dégarni les lieux des meubles qui servaient de garantie au propriétaire il est certain que la résiliation devra être prononcée parce que aux termes de l'article 1184, tout contrat bilatéral est susceptible de résolution quand l'une des parties n'exécute pas ses engagements. »

On voit que M. Delsol estime que la résiliation est de droit en cas de non-paiement de loyers échus, même si le syndic a notifié au bailleur son intention de continuer. Un incident de séance devait d'ailleurs lui permettre de préciser sa pensée.

Un membre de l'Assemblée Nationale, M. Desjardins, avait proposé la suppression des mots « et toutes actions en résiliation » pour conserver le régime alors en vigueur, qui suspendait seulement les mesures d'exécution.

Le rapporteur demanda le rejet de cet amendement

(1) Voir D. 1872.4, pp. 34 et s. ; cf. *Journ. Off.*, 6 janv. et 13 fév. 1872.

parce que dit-il, « lorsque le syndic se sera rendu un compte exact des forces et des ressources de la faillite, évidemment, le procès en résiliation qui aurait été fait par le propriétaire se trouvera presque toujours sans objet. De deux choses l'une, ou bien le syndic sera en mesure de satisfaire à toutes les obligations du bail et de payer tous les loyers arriérés, et alors l'action en résiliation s'évanouira puisque le bailleur sera complètement désintéressé... ». Ou bien continue-t-il, au contraire, « il ne trouvera pas les ressources suffisantes pour les payer et alors il ne se refusera pas à une résiliation amiable ? De toute façon la suspension de l'action en résiliation évitera au bailleur et à la masse les frais d'un procès ».

Il ne peut y avoir aucun doute ; dans l'esprit des membres de l'Assemblée qui votèrent le projet, le syndic devait payer tous les loyers échus ou accepter une résiliation.

Etant donné d'ailleurs les tendances conservatrices de l'Assemblée Nationale, et l'écrasante majorité de députés ruraux alors peu familiarisés avec les nécessités du commerce, et naturellement enclins à se sentir solidaires de tous les propriétaires fonciers même urbains, cette loi représentait un gros effort d'adaptation aux circonstances économiques du moment, mais d'une portée strictement limitée, et les cas douteux doivent toujours être interprétés dans un esprit favorable aux bailleurs.

Et puis, ne serait-il pas étrange de voir le bailleur d'immeuble moins bien protégé sur ce point que le loueur d'objets mobiliers, qui lui peut toujours résilier en raison de loyers impayés, uniquement parce qu'il a privilège ? Et cette garantie supplémentaire qu'a voulu lui accorder la loi devenir une cause de restriction de ses droits ?

Que la loi de 1872 soit insuffisante, qu'elle accorde au bailleur des droits beaucoup trop importants sur la faillite du locataire, nous sommes entièrement d'accord ; qu'une loi nouvelle vienne supprimer entièrement le privilège du bailleur pour les locations commerciales, et, considérant que le droit au bail constitue une véritable « propriété commerciale », supprime l'action résolutoire pour loyers impayés en cas de faillite du locataire, cela nous paraît souhaitable, bien que l'on puisse nous objecter que le propriétaire refusant désormais tout délai au commerçant, achèvera souvent de précipiter sa chute ; mais en attendant une telle réforme, il convient d'appliquer la loi de 1872 selon l'esprit dans lequel elle fut votée (1).

Ajoutons qu'il n'existe aucune jurisprudence sur cette question. Cela nous montre au fond qu'elle est purement d'école et qu'en pratique, bailleurs et syndics aboutissent toujours à l'accord amiable que souhaitait le rapporteur de la loi. En général le bailleur accepte d'être colloqué au marc le franc pour les loyers dus depuis plus de deux ans. C'est uniquement pour légaliser le principe établi par de tels accords qu'une réforme de la loi de 1872 serait nécessaire. Il ne faut d'ailleurs pas exagérer les inconvénients économiques de la législation actuelle, car si, en lui accordant un court délai pour se libérer, le bailleur peut sauver le locataire de la faillite, en laissant au contraire s'accumuler trop de loyers arriérés, il contribue à donner un crédit fictif à un commerçant déjà virtuellement failli, et commet de ce fait une lourde faute dont la masse pourrait lui demander compte.

(1) C'est également en ce sens que s'est prononcé l'article 299 du récent Code de commerce marocain (publié par Pierre VUILLET).

II. La partie du loyer correspondant à la période suspensive établie par l'article 450, pour permettre au syndic d'accepter en toute connaissance de cause, est certainement aussi due par la masse. Sur quelles bases juridiques ? Parce que l'acceptation du syndic produit un effet rétroactif. La masse est censée avoir pris la place du failli depuis le jugement déclaratif.

III. Enfin troisième période qui ne peut évidemment soulever aucune difficulté : Tous les loyers échus après la reprise de la location par le syndic sont des dettes de la masse.

§ 3. — *La location n'est pas continuée*

Seconde hypothèse possible, le syndic a informé le bailleur qu'il n'avait pas l'intention de continuer la location. Désormais, le propriétaire pourra se prévaloir de la déclaration de faillite et de l'enlèvement déjà effectué ou, en tout cas prochain, des meubles qui le garantissent, pour demander la résiliation du bail (1).

Il importe d'éviter une confusion. Si, par l'enlèvement des meubles le syndic a un moyen pratique très efficace de faire résilier la location, juridiquement il ne peut y contraindre le propriétaire. Si celui-ci préfère la laisser continuer, cela lui sera possible, mais pour tous les loyers postérieurs à l'année qui suit celle de la déclaration de faillite, il sera simple créancier chirographaire et il devra cependant laisser à la masse la jouissance des lieux. Résultat évidemment désavantageux pour lui. Il y aura intérêt cependant si les loyers lui étaient garantis par une caution solvable (2).

(1) Dans ce cas, le bailleur a-t-il droit des dommages-intérêts dans la masse ? Cf. Paris, 22 mars 1906, D. 1908.2.377.

(2) Cf. Tr. civ., Blois, 18 fév. 1885, *Journ. Faill.*, 1885, p. 422 ;

Puisque la location est résiliée, il semblerait qu'il n'y eut place pour aucune dette de masse. Cependant la portion de loyer correspondant à la période suspensive constitue, de l'avis unanime, une charge de la masse. En effet, pendant cette période qui peut atteindre facilement un trimestre au cas où les créanciers sont nombreux et dispersés, le bailleur est privé du droit de reprendre ses locaux.

Va-t-on en faire un créancier simplement dans la masse ? Ce serait lui faire subir un grave préjudice dans l'intérêt des autres créanciers. Si tous les auteurs sont d'accord pour lui reconnaître la qualité de créancier de la masse, les opinions diffèrent quant au fondement de ce droit.

M. Percerou estime que le propriétaire est créancier de la masse en vertu du bail parce que, dit-il, la masse par le fait même de la faillite se trouve substituée au failli dans le bénéfice du contrat dont elle doit en conséquence supporter les charges. D'autres auteurs au contraire, déclarent le propriétaire créancier de la masse en raison de l'enrichissement procuré à celle-ci par la suspension dans son intérêt de l'action résolutoire.

Dans la première explication, il serait créancier contractuel, dans la seconde, créancier quasi-contractuel.

Il n'y a pas là une simple querelle de mots, mais un très gros intérêt pratique que nous comprendrons en examinant la troisième des situations possibles.

Le Tribunal de commerce de la Seine (1), par juge-

Trib. civ., Marseille, 13 mars 1891, *Journ. Faill.*, 1892, p. 279 ; et aussi Rouen, 23 juin 1884, *Journ. Faill.*, 1885, p. 173.

(1) Trib. com., Seine, 12 janv. 1897, *Journ. Faill.*, 1897, p. 228 ; *Le Droit*, n° du 17 avril 1897.

ment du 12 janvier 1897, a formellement déclaré le propriétaire créancier de la masse pour cette partie des loyers, dans les circonstances suivantes : La dame B..., locataire principale, sous-loua des locaux commerciaux au sieur M... Celui-ci étant tombé en faillite, le syndic vendit les meubles. La dame B... ne fit pas valoir son privilège et ne demanda pas la résiliation du bail. Le locataire, après avoir obtenu son concordat, continua donc à occuper les locaux, à ce moment, la dame B... réclama paiement intégral de tous les termes échus. Le tribunal admit sa prétention pour le trimestre correspondant à la période suspensive mais décida qu'elle devait subir la loi du concordat pour les suivants :

« Attendu en effet que, pendant la période écoulée depuis le jugement déclaratif au jour où, aux termes de l'article 450 du Code de commerce, le propriétaire a recouvré la faculté de demander la résiliation du bail, et où la dame B... subrogée au droit du propriétaire s'est refusée à user de cette faculté, il convient d'observer que c'est dans l'intérêt de la faillite que la loi a imposé la continuation du bail. Que le bailleur, par l'effet combiné des articles 450, 462 et 492 du Code de commerce, se trouve durant cette période dans l'impossibilité de procéder à une mesure quelconque qui lui permette de résoudre le contrat qui le lie et qu'il est obligé de laisser le syndic en possession des lieux loués.

« Que cette obligation n'a d'autre but que de sauvegarder les intérêts de la masse, qu'il est donc équitable et conforme aux principes juridiques de considérer le propriétaire pour la période dont il s'agit, comme un créancier de la masse, ayant à ce titre le droit d'obtenir le paiement intégral des loyers alors venus à échéance. »

Si l'on ne peut qu'applaudir à la reconnaissance du principe de la dette de masse pour la période suspensive, il faut cependant reconnaître que l'application faite dans cette espèce est injustifiée.

La dame B... ne pouvait en effet se prétendre créancière de la masse ni par l'une ni par l'autre des deux justifications. Elle ne pouvait être créancière en vertu du contrat de bail parce que en vendant les meubles le syndic avait suffisamment marqué son intention de ne pas le continuer. Elle ne le pouvait pas plus en raison de l'avantage procuré à la masse comme le dit le jugement, parce que l'action « de in rem verso » est subsidiaire et que la dame B... avait laissé éteindre par sa faute son droit principal.

En conclusion, si le bailleur peut bien se prétendre créancier de la masse pour la période suspensive même quand le syndic ne continue pas la location, il ne pourra cependant agir contre elle que dans le cas où son privilège pour l'année courante, se sera révélé inefficace

§ 4. — *Le syndic ne prend pas parti*

Une troisième situation se présente beaucoup plus fréquemment en pratique : le syndic laisse passer le délai de l'article 450 sans indiquer au bailleur quel parti il compte prendre, et sans, bien entendu, faire enlever les meubles, ce qui montrerait suffisamment son intention de résilier la location. La question déjà examinée à propos du louage de meuble va se présenter à nouveau : quelle interprétation donner à l'abstention du syndic ? Doit-on en conclure que la location est continuée par la masse, faute par le syndic d'y avoir renoncé, ou bien au contraire, qu'elle se poursuit seulement contre le failli

puisque le syndic n'a pas manifesté l'intention de la reprendre.

Les auteurs partisans de la première théorie à propos du louage de meubles gardent ici encore la même opinion, mais ils trouvent un appui singulièrement efficace en l'adhésion de M. Percerou (1), adhésion d'autant plus remarquable que, pour tous les autres contrats, cet auteur défend la thèse contraire.

C'est que l'article 450, nous l'avons vu, applique au bailleur un régime particulier en suspendant l'exercice de l'action résolutoire du propriétaire. Cette suspension s'explique juridiquement soutient M. Percerou, par le fait que la loi a subrogé de plein droit la masse au failli dans le bénéfice et les charges du bail. « Contre ce preneur nouveau qui n'est pas le failli lui-même, écrit-il, le propriétaire ne saurait invoquer ni l'exigibilité des loyers futurs, ni aucun motif spécial de résiliation tiré de l'insolvabilité, puisque la masse est réputée solvable ».

Si la loi subroge la masse au failli, elle n'agit cependant que dans l'intérêt de la liquidation. Aussi prend-elle soin de réserver au syndic la faculté d'en repousser le bénéfice, s'il lui paraît inutile ou dangereux pour la masse. Elle lui accorde une sorte d'option entre continuer ou laisser le bailleur résilier.

Dans cette conception, la notification sera moins l'expression de la volonté de conserver l'usage des lieux que la renonciation à la faculté de repousser le bail. Mais, si le syndic veut modifier l'état de droit créé par la loi, c'est à lui qu'il appartiendra d'en prendre l'initiative. Et donc à défaut d'une déclaration expresse ou de tout

(1) PERCEROU, *op. cit.*, II, 945.

autre acte impliquant clairement l'intention de ne pas garder le bail, la masse sera censée l'avoir continué et deviendra débitrice des loyers à leurs échéances.

La Cour de Cassation fut appelée à trancher pour la première fois ce différend dans les circonstances suivantes :

Le sieur J... avait loué différents locaux moyennant un loyer de 8.600 fr. par an au sieur H... Celui-ci les sous-loua aux sieurs K... et L... moyennant un loyer annuel de 8.000 fr. seulement, il restait donc débiteur envers le propriétaire de 600 fr. par an qu'il paya régulièrement jusqu'à sa déclaration de faillite. J..., qui, pour le terme en cours ne reçut que 2.000 fr. du sous-locataire, réclama les 150 fr. de différence à la faillite. Le syndic lui offrit une admission au passif chirographaire. J... répondit qu'il était créancier non pas dans la masse mais de la masse parce que la location avait continué à produire ses effets. Le Tribunal de commerce de la Seine statuant en premier et dernier ressort par jugement du 13 mars 1877, fit droit aux conclusions du bailleur, parce que, dit-il, « les baux sus-datés continuaient à produire effet ; que la faillite est à l'égard du bailleur substituée au failli et soumise aux obligations résultant du contrat ; que J... est recevable et fondé à poursuivre contre la masse des créanciers par les voies du droit commun le recouvrement des termes échus ».

Le syndic se pourvut en cassation pour « Violation des articles 1165 et 2093 du Code civil en ce que le jugement attaqué a décidé que le propriétaire des lieux pris à bail par le failli et sous-loués à un tiers avait pour débiteur depuis la faillite, non le failli, mais la masse de la faillite, et qu'il devait être payé intégralement par la masse

de la différence entre le prix du bail et le prix de la sous-location alors qu'aucune convention nouvelle n'était intervenue entre le propriétaire et le syndic.

La Chambre des Requêtes, rejeta le pourvoi dans un arrêt du 11 décembre 1877 (1), par les considérants suivants :

« Attendu qu'il est déclaré en fait par le jugement attaqué que les baux passés par J..., à H... et C^{ie} ont continué à recevoir leur exécution depuis le jugement qui a déclaré le locataire en état de faillite ; attendu que le failli étant dessaisi de l'administration de ses biens aux termes de l'article 443 du Code de commerce, c'est la masse des créanciers représentée par le syndic, qui a été investie des droits et soumise aux obligations du locataire ; Attendu que la présence d'un sous-locataire laisse subsister tous les droits du propriétaire contre le locataire principal ; attendu, dès lors, qu'en accueillant la demande formée par J... contre le syndic, en paiement des loyers échus depuis la faillite, le tribunal n'a violé aucune loi... »

Ainsi la Chambre des Requêtes déclare que la location s'est continuée de plein droit avec la masse même sans que le syndic l'ait expressément reprise. Le plus remarquable dans cet arrêt, c'est qu'il ne fonde pas sur l'article 450 qui suspend au profit de la masse l'action résolutoire du bailleur, mais sur l'article 443 qui dessaisit le failli de l'administration de son patrimoine. La décision de la Chambre des Requêtes a donc la valeur d'un prin-

(1) Req., 11 déc. 1877, S. 1878.1.109, D. 1879.5.224. Dans le même sens, Bordeaux, 3 août 1891 et 14 mars 1894, et Paris, 9 mars 1899. Voir *infra*, pp. 243 et 244.

cipe applicable à tous les contrats synallagmatiques. Nous nous souvenons que dix-huit mois plus tard la Chambre civile allait adopter le principe contraire à propos du louage d'objets mobiliers⁽²⁾.

La question allait se présenter à nouveau devant la justice ces dernières années. Le sieur L... avait loué différents locaux à usage commercial au sieur D... Celui-ci les sous-loua à la Compagnie Générale des Fabrications Electriques qui tomba en faillite. Le produit de la vente des meubles grevés du privilège n'ayant pas atteint le montant des loyers à lui dus, le propriétaire en réclama le complément à D... Celui-ci à son tour prétendit les recouvrer par prélèvement sur l'actif de la masse qui en était restée débitrice, soutenait-il, puisque le syndic était demeuré en possession des lieux après la déclaration de faillite (3 mai 1922) jusqu'au 5 mars 1924. Le syndic répondait :

1° Qu'il n'avait en aucune façon manifesté la volonté de continuer le bail et que le fait d'avoir tardé à évacuer les locaux ne permettait pas de lui prêter cette intention ;
2° qu'en tout cas le commerce n'ayant pas été continué, au sù du bailleur, après la déclaration de faillite, la masse n'avait retiré aucun profit de cette occupation.

La Cour d'appel de Douai, par un arrêt du 29 novembre 1927, repoussa la demande du propriétaire. D... se pourvut alors en cassation pour « Violation des articles 443 et 450 C. com. ; 2102 C. civ. et 7 de la loi du 20 avril 1810, défaut de motifs et manque de base légale, en ce que l'arrêt attaqué a refusé de reconnaître au requérant la qualité de créancier privilégié de

(1) Voir *supra*, p. 160 (Civ., 27 mai 1879, D. 1879.1.356, S. 1881.1.470).

la masse de la faillite à raison de loyers mis à sa charge, et pour le paiement desquels il a obtenu un simple recours en garantie contre le syndic, alors que celui-ci ayant négligé l'option ouverte par l'article 450 C. com., a occupé l'immeuble depuis la déclaration de faillite jusqu'à son évacuation, deux ans plus tard ».

La Chambre civile, par arrêt du 1^{er} août 1933 (1) rejeta le pourvoi en des motifs particulièrement nets :

« Mais attendu que, si avec l'autorisation du juge-commissaire et moyennant l'engagement pris au nom de la masse de satisfaire intégralement aux obligations du locataire failli, le syndic peut imposer au bailleur la continuation du bail pour la période restant à courir, le seul retard apporté par lui à l'évacuation non demandée des locaux, n'implique pas forcément de sa part la volonté de superposer un engagement de la masse à l'obligation contractée par le failli.

« Que dans le cas de simple retard à l'évacuation des locaux, le bailleur qui a continué à fournir ses prestations sans manifester aucune intention de poursuivre la résiliation du contrat à défaut de paiement intégral des loyers, en est réduit aux droits qu'il tenait de son contrat avec le failli, et reste un créancier dans la masse pourvu spécialement du privilège de l'article 550 du Code de commerce pour les loyers affectés à la période de temps déterminée par ce texte. »

Ainsi a-t-elle complètement abandonné le système de l'arrêt de 1879. Avec des auteurs récents (2), nous pensons qu'il convient d'approuver cette décision.

(1) Civ., 1^{er} août 1933, D. H. 1933, p. 441 ; D. 1934.1.125 et note ; S. 1934.1.25 et note ; *Gaz. Pal.* 1933, II, 857 ; *Gaz. Trib.* 1933, II, 1.85 ; *Journ. Faill.*, 1933, p. 276 et note ; article de M. DEMOGUE, *Rev. trim. de Droit civil*, 1934, I, p. 156.

(2) Voir notamment PRÉVOST et HÉREL, *op. cit.*, p. 42.

La prétention du bailleur nous paraît en effet injustifiée soit qu'elle se fonde avec l'arrêt de 1879, sur l'article 443 du Code de commerce et nous en avons fait justice à propos du louage de meubles, soit au contraire, qu'elle se réclame avec M. Percerou, de la suspension de l'action résolutoire, prévue par l'article 450.

Cette suspension s'explique très bien sans faire appel à l'idée de subrogation. La loi qui fait aux créanciers en cas de faillite du débiteur un régime particulier a soumis également le bailleur à une réglementation spéciale. Elle a suspendu son action en résolution par un acte de volonté, par « le fait du prince », de la même façon qu'elle suspend pendant ce même délai toute mesure d'exécution.

Avant la loi de 1872 seule existait cette dernière mesure et pourtant on n'aurait pu l'expliquer par une subrogation légale de la masse du failli. Pourquoi ces deux suspensions étroitement liées auraient-elles un fondement juridique différent ?

Il n'y a aucune raison pratique de soumettre le bail à un régime autre que celui des divers contrats synallagmatiques et tous les arguments que nous avons fournis à l'appui de la thèse des syndics en étudiant le louage de meuble, peuvent être repris à propos de bail. Dans un cas comme dans l'autre, la masse n'est tenue, en qualité d'ayant cause du failli, à exécuter les contrats de celui-ci qu'en monnaie de dividende, qu'en accordant une part d'associé au cocontractant, mais elle ne peut être obligée sur son patrimoine en qualité de tiers, que par un acte de volonté exprès ou tacite. Ce n'est pas un des moindres avantages de l'arrêt du 1^{er} août 1933 que d'avoir unifié la jurisprudence en matière de louage et

même, nous le verrons, à l'égard de tous les autres contrats synalagmatiques. Il suffira maintenant de leur appliquer les principes que vient de reconnaître la Cour de Cassation par ses décisions de juillet et août 1933 et d'avril 1934.

Remarquons d'ailleurs que le revirement constaté entre les arrêts de 1879 et de 1933, est plus apparent que réel, et que, si la chambre civile avait à examiner aujourd'hui le pourvoi formé en 1877, il est infiniment vraisemblable qu'elle se prononcerait dans le même sens que la Chambre des Requêtes, quoique pour des motifs différents.

La Chambre civile ne dit pas que la masse ne sera débitrice des loyers qu'après notification par le syndic au propriétaire de son intention de continuer le bail ; elle parle « de la volonté de superposer un engagement de la masse à l'obligation contractée par le failli ». C'est qu'en effet si la notification est exigée par la loi en vue de faire courir le délai imparti au bailleur pour demander la résiliation, elle n'est pas le seul moyen offert au syndic de faire connaître sa volonté. Tout acte de celui-ci, toute situation, qui ne pourront raisonnablement s'expliquer que par la reprise du bail engageront la masse.

Tel était bien le cas de l'espèce de 1877, en raison de la sous-location effectuée par le failli. Sans doute, avons-nous dit, à propos du louage d'objets mobiliers, que l'existence d'une sous-location ne suffisait pas à elle seule à faire présumer la continuation, et qu'il fallait permettre au syndic de choisir dans l'intérêt de la masse, entre laisser le propriétaire devenir créancier de celle-ci ou admettre le sous-locataire dans la masse pour dommages-intérêts ; mais ici la question ne pouvait pas se poser. En effet, le propriétaire qui avait déjà reçu 2.000 francs

du sous-locataire ne réclamait à la masse que 150 francs. S'il avait fait résilier le bail, il aurait dû restituer les 2.000 francs qui seraient devenus indus. Il aurait alors produit au passif chirographaire pour 2.150 francs, tandis que les sous-locataires auraient eux aussi produit pour leurs dommages-intérêts (1).

Nul doute que l'admission de ces deux créances auraient beaucoup plus diminué le dividende réparti aux autres créanciers que le prélèvement de 150 francs sur l'actif de la masse. L'intérêt de celle-ci est tellement évident qu'il est impossible de supposer une autre volonté chez le syndic. Et donc l'application des principes de l'arrêt de 1933 aboutirait au même résultat que ceux beaucoup plus contestables de l'arrêt de 1877.

De quelle façon le propriétaire prouvera-t-il la continuation implicite du bail par la masse ? Il pourra la prouver soit par des actes juridiques, soit par des faits du syndic. Il la prouvera d'abord par tout acte juridique, toute convention passée avec la masse relativement au bail, même si le syndic ne lui a pas adressé notification ; notification d'ailleurs inutile dans ce cas, puisqu'elle doit être faite sans réserves.

Le Tribunal civil d'Abbeville a jugé cependant le 14 février 1922 (2), que « lorsque postérieurement à la liquidation judiciaire, le liquidé, avec l'assistance de son liquidateur a, d'accord avec le bailleur, modifié le bail original en certaines de ses clauses, notamment en réduisant l'importance des immeubles objets de la loca-

(1) Sur le droit aux dommages-intérêts du sous-locataire en cas de résiliation du bail à la suite de la faillite du locataire principal, voir Trib. civ., Tours, 21 juin 1882, *Journ. Faill.*, 1882, p. 539.

(2) Trib. civ. Abbeville, 14 fév. 1922, *Gaz. Pal.* 1922, I, 706.

tion et le chiffre des loyers, cette convention passée entre les mêmes parties pour la durée primitivement fixée et aux mêmes conditions générales, n'équivaut pas à une résiliation du bail et à la substitution au bail ancien d'un bail nouveau, qui ferait du bailleur, non pas un créancier dans la masse, mais un créancier de la masse ».

Cette convention ne constituait peut-être pas en effet une résiliation de l'ancien bail et la conclusion d'un nouveau, mais si elle n'impliquait pas la continuation de ce bail primitif par la masse, on se demande quelles conditions exige le Tribunal d'Abbeville pour la reconnaître. La loi se contente d'un acte de volonté unilatéral émanant du liquidé et du liquidateur, mais ce jugement estime qu'un nouvel accord entre les parties n'est pas suffisant !

En réalité, cette décision s'explique surtout, nous le verrons au paragraphe suivant, par le second chef de la demande. En déclarant que la location n'avait pas été continuée par la masse, le tribunal la rendait sans objet.

Le plus souvent, le bailleur n'invoquera pas un nouvel acte juridique, mais un simple fait matériel du syndic. Cette question fut portée trois fois devant les tribunaux.

Par un premier arrêt du 3 août 1891, la Cour d'appel de Bordeaux (1) a décidé que la continuation résulte de la simple jouissance des lieux après la faillite, « même si la masse n'en a retiré aucun profit ». Cela équivaut en pratique au système de 1877.

Le 17 mars 1893, le Tribunal civil de Bordeaux jugea cependant que le paiement fait par le syndic de quel-

(1) Bordeaux, 3 août 1891, précité, *Journ. Faill.*, 1892, p. 170 ; *Journ. arrêts Bordeaux*, 1891, I, 417.

ques trimestres de loyer n'a pas suffi à rendre la masse tacitement locataire, mais la Cour d'appel, dans un arrêt du 14 mars 1894 (1), infirma le jugement, en se fondant toutefois non pas sur la volonté pourtant évidente du syndic, mais sur les motifs de l'arrêt de la Chambre des Requêtes de 1877.

La Cour de Paris, enfin, dans un arrêt du 9 mars 1899 (2), décida également que l'occupation des lieux par le syndic et aussi le paiement qu'il a fait des premiers trimestres rendent la masse débitrice du dernier, malgré l'absence de toute notification. Nous avons vu que la Cour d'appel de Douai et la Chambre civile viennent de décider en sens contraire que le simple retard dans l'évacuation des locaux ne suffit pas à rendre la masse débitrice des loyers.

Enfin, le Tribunal civil de la Seine, par jugement du 2 août 1884 (3), a décidé que le paiement des premiers termes échus après la faillite ne peut être considéré comme une manifestation de la volonté du syndic de continuer le bail.

Ce jugement s'explique surtout par les faits particuliers de la cause : la faillite du locataire ayant été déclarée en même temps à Paris et à Senlis, le syndic parisien avait introduit une demande en règlement de juges. Pendant la durée de cette procédure, le syndic avait payé les loyers, parce que la suspension des droits du bailleur dans l'intérêt de la masse se trouvait dépasser considérablement la durée normale prévue par l'article 450. Il

(1) Bordeaux, 14 mars 1894 (sur appel d'un jugement du Trib. civ. de cette ville, 17 mars 1893), *Journal arrêts Bordeaux* 1894.1.150.

(2) Paris, 9 mars 1899, D. 1900.2.441.

(3) Trib. civ. Seine, 2 août 1884, *Journ. Faill.*, 1884, p. 502.

est évident que ce paiement ne pouvait être considéré comme l'exercice de l'option qu'il avait précisément pour objet de conserver.

Dans toute autre circonstance, au contraire, le paiement par le syndic d'un seul terme de loyer équivaldrait à une acceptation du bail.

Nous en concluons que le maintien du matériel et des marchandises du failli dans les locaux loués ne suffit pas à lui seul à prouver la continuation du bail par le syndic à moins cependant qu'en payant les premiers termes de loyer il n'ait manifesté cette intention d'une manière qui ne prête à aucun doute.

Il conviendra donc, croyons-nous, de distinguer entre l'occupation purement passive, le simple maintien des choses en état, et l'occupation active, la continuation de l'exploitation du fonds ou tout au moins d'opérations utiles à la liquidation. Ainsi, par exemple, le transport dans certains magasins du failli en vue de les vendre toutes ensemble, de marchandises situées en d'autres lieux. Cette utilisation réelle des lieux par le syndic pourra seule suppléer à la notification prévue par l'article 450 ou à tout autre acte juridique. Il y a là une pure question de fait qui doit être abandonnée à l'appréciation souveraine des tribunaux.

§ 5. — *La location est continuée, mais le syndic interrompt le commerce et fait vendre les meubles*

La continuation du commerce se révèle-t-elle avantageuse, le failli obtiendra son concordat et remis à la tête de ses affaires, il exécutera les obligations du bail jusqu'à expiration. Mais se montre-t-elle déficitaire, ou bien l'union vient-elle à s'ouvrir sans que les créanciers

jugent à propos de continuer l'exploitation, nous serons alors dans la dernière des situations possibles :

Le syndic, qui avait notifié, ou tacitement manifesté son intention de continuer la location, est contraint de faire enlever le matériel et les marchandises du failli pour les vendre.

Quels seront alors les droits contre la masse du propriétaire ainsi mis dans l'obligation de faire résilier le bail ?

Une stricte logique juridique conduirait à dire : la masse a été subrogée aux droits du locataire dans la jouissance du bail : or, par hypothèse, elle n'est ni en faillite, ni même insolvable. Les articles 450 et 550 C. com. lui sont étrangers (1). Il faut lui appliquer pure-

(1) La Cour de Bordeaux a expressément reconnu par un arrêt du 3 août 1891 (*Journ. arrêts Bordeaux* 1891.1.417, et *Journ. Faill.*, 1892, p. 170), que l'article 550 C. com. ne s'applique pas à la location continuée par la masse.

« Attendu que le syndic conteste le droit pour le propriétaire de se faire payer par préférence sur l'actif de la faillite, et qu'il soutient que F... ne peut exiger que l'application de la disposition de l'article 2102 C. civ. établissant un privilège sur les meubles garnissant la maison louée, meubles qui, en l'espèce, n'existent pas.

« Attendu que ce système est inapplicable à la cause actuelle ; qu'en effet, il ne s'agit pas du recouvrement des loyers antérieurs à la faillite et soumis à ce titre aux dispositions combinées des articles 2102 C. civ. et 550 C. com., mais qu'il s'agit de loyers dus pour la période qui a suivi la faillite et pendant laquelle le syndic a continué à jouir des lieux loués.

« Qu'il importe peu qu'il ait ou non tiré profit de cette continuation de jouissance. Qu'il n'en est pas moins certain que c'est au nom et comme représentant de la masse des créanciers qu'il a prolongé l'occupation de l'immeuble après la faillite. Que, dès lors, cette même masse est tenue du paiement intégral des loyers de cette dernière période ».

ment et simplement les règles civiles du bail et en conclure, par conséquent, que le propriétaire peut à son choix, ou demander, en application de l'article 1184, la résiliation avec dommages-intérêts, pour lesquels il sera créancier de la masse, mais ainsi que nous le verrons, « créancier privilégié » de celle-ci, payable par préférence aux autres créanciers de la masse sur les objets mobiliers garnissant le fonds, ou bien se prévaloir de l'article 1188 qui prononce la déchéance du terme, dans le cas où les sûretés données à un créancier ont disparu par le fait du débiteur, pour se faire colloquer, suivant une jurisprudence regrettable mais certaine, en qualité de créancier privilégié de la masse pour tous les termes de loyer à venir.

Et tous les inconvénients de la législation antérieure à 1872 reparaitraient amplifiés même, puisque, ce n'est plus seulement au détriment des autres créanciers du failli que le propriétaire exercerait ses droits mais au préjudice des créanciers de la masse.

La question ne s'est encore présentée qu'une seule fois en jurisprudence : le Tribunal civil d'Abbeville, à qui un bailleur demandait à être colloqué sur l'actif de la masse pour tous les loyers à échoir jusqu'à expiration du bail, parce que le liquidé et le liquidateur, après

La Cour d'appel décide avec raison que l'article 550 n'est pas applicable en l'espèce. Mais pourquoi l'article 2102 ne le serait-il pas ? C'est assez contradictoire, puisque l'article 550 a précisément pour objet de réduire l'assiette du privilège établi par l'article 2102. Du moment que le premier de ces articles ne s'applique pas, c'est que le second doit s'exécuter complètement. Et donc si les meubles du failli n'ont pas disparu, on ne comprend pas pourquoi le bailleur ne pourrait pas exercer sur eux un privilège à l'égard des autres créanciers de la masse.

avoir continué la location, avaient fait vendre les meubles garnissant les lieux, a éludé la difficulté dans un jugement du 14 février 1922 (1), en déclarant, contre toute vraisemblance, ainsi que nous l'avons constaté dans le paragraphe précédent, que la masse n'était pas devenue personnellement locataire. Qu'aurait-il décidé dans le cas contraire ? Il semble rejeter implicitement la demande en se fondant sur les travaux préparatoires de la loi de 1872, mais sans autres précisions.

Le bailleur aurait-il donc le droit dans cette hypothèse d'exiger de la masse paiement immédiat des loyers à venir, ou d'obtenir des dommages-intérêts après résiliation du bail ? A bien analyser, nous ne le pensons pas. Ce n'est pas en effet la continuation du bail par la masse, puis sa rupture, qui auront causé, le cas échéant, un préjudice au propriétaire. Bien au contraire, cela lui aura permis de recevoir plus longtemps l'intégralité de ses loyers. On ne peut pas faire grief au syndic ès qualités d'avoir provoqué la résiliation du bail, avant son expiration, parce que sa continuation était essentiellement provisoire, et subordonnée à la condition de ne pas diminuer l'actif de la faillite. Si donc l'exploitation du commerce du failli s'avère déficitaire, il est du devoir du syndic d'y renoncer ; et, en réalité, il n'y a pas à proprement parler inexécution des obligations contractées par la masse, mais plutôt l'interruption du soutien apporté par elle aux obligations du failli.

Désormais le contrat passé par le failli qui menait une vie végétative sous l'obligation assumée par la masse, reparait au grand jour. C'est lui qui est en définitive

(1) Trib. civ., Abbeville, 14 février 1922. *Gaz. Pal.* 1922.1.706. Voir *supra*, p. 242.

inexécuté. C'est le failli qui est le véritable auteur du préjudice subi par le propriétaire. Celui-ci aura droit sans doute à des dommages-intérêts, mais le failli en est seul responsable, et donc la créance entrera dans la masse si l'exercice du privilège se montre insuffisant pour les payer.

Les mêmes motifs doivent nous faire écarter la seconde alternative qui pourrait en droit strict, s'offrir au bailleur. Il ne pourra jamais réclamer paiement de tous les loyers à venir jusqu'à l'expiration du bail, sur l'actif de la masse.

Mais à condition bien entendu qu'il s'agisse du bail du failli. Si au contraire, le syndic avait, par extraordinaire, conclu une location nouvelle, tout manquement de la masse aux clauses du contrat devait entraîner, pour elle, les conséquences que nous avons indiquées.

SECTION III. — LE LOUAGE DE SERVICE (1)

Le contrat de travail qui lie un commerçant ou un industriel à ses employés ou à ses ouvriers, obéit à tous les principes qui régissent les contrats synallagmatiques en cas de faillite.

La personne même de l'employeur n'étant pas, sauf extraordinaire, déterminante pour le salarié, le contrat n'est pas résolu par la faillite du premier (2).

(1) Consulter PERCEROU, *op. cit.*, II, n^{os} 898 et s. ; LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, n^{os} 2022 et s. ; PRÉVOST et HÉREIL, *op. cit.*, p. 36.

(2) Trib. civ., Seine, 17 avril 1931, D. H. 1932, *Sommaire*, p. 2 ; Rép. prat. Dalloz, v^o *Louage, Ouvrage*, n^o 515, et v^o *Faillite*, n^o 802-803.

Le syndic pourra le continuer au nom de la masse. A défaut, ce contrat pourra être résilié à la volonté des parties s'il est conclu sans durée déterminée, mais en respectant le délai congé en usage dans la profession. Au contraire, s'il est convenu pour un temps donné, il pourra être résilié à la demande du salarié, ou être continué avec le failli et donc, dans ce dernier cas, le salarié serait créancier dans la masse pour tous ses appointements à venir, sous réserve du privilège établi par la loi (articles 2102 C. civ et 549 C. com. complétés par la loi du 19 juillet 1928). Comme pour les variétés précédentes du contrat de louage, nous allons faire le tour des diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

§ 1^{er}. — *Le contrat de travail est continué par la masse*

Le syndic qui veut poursuivre l'exploitation du commerce du failli aura tout intérêt à s'assurer le concours des employés et des ouvriers déjà au service de celui-ci. Par leur connaissance des goûts de la clientèle et des méthodes de vente ou de fabrication ils seront pour lui des auxiliaires précieux. Même si le commerce est suspendu le syndic peut encore avoir besoin d'eux pour établir l'inventaire.

Les difficultés que nous avons rencontrées au sujet de la continuation du contrat, dans les deux sections précédentes, ne peuvent pas exister ici. En effet, le syndic ne peut pas ne pas prendre parti quant à la continuation du contrat de travail. Ou bien il dira aux employés de reprendre leur travail au jour qu'il leur fixera, ou bien il leur fera connaître qu'il n'a pas besoin d'eux et leur règlera les diverses indemnités auxquelles ils ont

droit ; s'il ne réembauche qu'un certain nombre d'employés et que d'autres se présentent en surplus et soient reçus dans les magasins ou les ateliers du failli, il est certain que l'acceptation de leur travail équivaldra à la continuation du contrat, sans qu'il soit besoin d'une déclaration du syndic.

La question sera plus difficile à trancher à l'égard des employés qui ne travaillent pas dans l'établissement de leur patron, ou à jour et à heure fixe : par exemple les représentants de commerce. La solution dépendra beaucoup de l'origine de leur créance de salaires. En général, ils reçoivent un traitement fixe et un pourcentage sur les ventes ou les commandes. Nous estimons que le traitement mensuel postérieur à la faillite constituera une créance dans la masse, à moins que le représentant ne prouve que le syndic a repris le contrat ; il y aura naturellement là une question de fait. Les commissions à lui dues pour les ventes réussies avant le jugement déclaratif seront toujours des créances dans la masse, mais, au contraire, les commissions qui pourraient lui être dues pour les ventes effectuées ou les commandes passées après, sont des dettes de la masse. En effet, les objets vendues appartenaient à ce moment à la masse, c'est donc elle qui a tiré profit de l'activité du représentant. Et l'exécution des commandes transmises après la déclaration de faillite constituant à tous les égards une reprise par la masse du contrat qui existe entre le failli et le représentant, la rendra débitrice envers celui-ci, non seulement de ses commissions, mais aussi de la part fixe de ses émoluments depuis le jour de la faillite.

Le Tribunal de commerce de Tours trancha une espèce

de ce genre par jugement du 21 mars 1902 (1) : le sieur A..., voyageait pour le compte de la Société « La Touraine ». Celle-ci étant mise en liquidation judiciaire, l'administrateur de la Société écrivit au voyageur, sans consulter le liquidateur, de continuer sa tournée. A... envoya pour obtenir confirmation plusieurs télégrammes au liquidateur, qui restèrent tous sans réponse. Alors, il poursuivit les visites à sa clientèle et, à son retour, il se prétendit créancier de la masse, tant pour son salaire mensuel que pour son pourcentage sur les ventes, et, comme il était congédié par le liquidateur, pour son indemnité de licenciement. Le liquidateur lui offrit admission à titre chirographaire pour toutes ses créances parce que, n'ayant pas répondu aux télégrammes, il déclarait que la masse n'était pas engagée. Le Tribunal condamna la masse à payer à ce voyageur ses salaires, frais de route, et indemnité de brusque renvoi, pour le motif que « sa collaboration est restée utile parce que la fabrication et l'écoulement des articles de la maison avaient été continués et que, d'autre part, le liquidateur ne l'avait pas expressément révoqué. »

Le jugement lui a donc accordé sur l'actif de la masse paiement de son salaire fixe en estimant avec juste raison, que le contrat avait été continué. (L'absence de révocation étant à cet égard un motif erroné, le contrat était continué par la lettre que l'administrateur de la société en liquidation judiciaire avait adressé au représentant. Il s'agissait là d'un acte d'administration qu'un liquidé peut accomplir seul (2).

(1) Trib. com., Tours, 21 mars 1902, *Journ. Faill.*, 1902, p. 474.

(2) Cf. *supra*, pp. 130 et 131.

Qu'aurait-il décidé si le représentant avait agi de son propre mouvement ?

Une fois le contrat de travail repris par le syndic, toutes les obligations qui y sont prévues ou qui sont imposées par la loi, incombent à la masse. Elle deviendra évidemment débitrice de tous les salaires, et ces créances seront privilégiées à l'égard des autres dettes de la masse, selon les termes des articles 2102 C. civ. et 549 C. com.

§ 2. — *Interruption du contrat de travail continué
par la masse*

L'exploitation du commerce vient-elle à être interrompue, à quelles conditions la masse pourra-t-elle congédier ses employés ? Doit-elle respecter le délai congé prévu par le contrat ou par les usages de la profession, et à défaut payer l'indemnité de préavis, au cas où ce contrat sans durée déterminée ? Peut-elle être condamnée à des dommages-intérêts si l'employé avait un contrat de travail pour un temps fixé ou pour un ouvrage déterminé ?

En matière de louage d'immeubles, nous avons dit que les dommages-intérêts auxquels pourrait avoir droit le bailleur, constituaient une dette du failli payable dans la masse, parce que le soutien apporté par la masse à l'obligation contractée par le failli était subordonnée à la condition de ne pas porter atteinte à son actif.

Les mêmes principes appliqués au contrat de travail devraient nous faire conclure que le syndic pourra renoncer aux services des employés et ouvriers du failli qui auront continué à travailler pour la masse sans exposer

celle-ci à une condamnation personnelle à dommages-intérêts quand la continuation du commerce ne pourra plus se poursuivre.

Il n'y a pas, soutiendrait-on, à proprement parler inexécution d'un contrat passé par la masse, mais plutôt interruption du soutien qu'elle apportait au contrat du failli. C'est donc uniquement contre celui-ci que l'employé ou l'ouvrier brusquement congédié par le syndic pourra faire valoir son droit à l'indemnité de préavis. Mais la loi du 19 juillet 1928 modifiant les articles 23 du Code de travail et 1780 du Code civil a privilégié cette indemnité au rang accordé par l'article 2101 du Code civil à la créance principale de salaire (1) et l'a rendue d'ordre public. Par conséquent, l'employé ou l'ouvrier congédié sera bien pour son indemnité de préavis créancier du failli, mais créancier privilégié pour la durée déterminée par la loi, ce qui est plus avantageux pour lui au cas où l'actif de la masse ne suffirait pas à désintéresser tous les créanciers de celle-ci. En effet, nous le verrons dans notre troisième partie (2) les créanciers privilégiés du failli sont préférables à tous les créanciers de la masse. (S'il s'agit d'un nouvel employé engagé par le syndic, la question ne peut pas être discutée il y a simple dette de masse).

Mais cette interprétation n'a pas été adoptée par la Cour de cassation qui dans un arrêt du 8 avril 1930 (3)

(1) Sur la question du délai-congé et l'application de la loi du 19 juillet 1928, consultez PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, II, n° 858 ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, 747.

(2) Voir *infra*, pp. 429 et s.

(3) Voir p. 256.

a vu dans l'indemnité de préavis une dette personnelle à la masse.

Un jugement du Tribunal de commerce du Havre, du 2 juin 1908 (1) avait déjà vu dans cette indemnité une dette de la masse, mais la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 17 février 1892 (2) avait au contraire décidé que : « Si le traitement dû à un employé qui a continué à travailler quelque temps après la déclaration de faillite est une charge de l'exploitation de la faillite, et doit lui être intégralement payée par le syndic, cependant un créancier ne peut avoir droit à des dommages-intérêts en raison de l'inexécution d'un contrat (spécialement d'un contrat de louage d'ouvrage), lorsqu'il est établi que cette inexécution est la conséquence de la faillite du débiteur. « Ces dommages-intérêts » ne peuvent être réclamés ni à titre privilégié, la résiliation du contrat n'étant pas le fait de la masse mais du failli, ni même au marc le franc. »

Le jugement du Tribunal de commerce de Châlons-sur-Marne, dont il était fait appel avait admis le droit à dommages-intérêts mais dans la masse. L'arrêt supprime la question en décidant que la résiliation pour cause de faillite ne donne jamais lieu à dommages-intérêts.

La Cour d'appel de Paris par un nouvel arrêt du 8 mai 1928 (3) a jugé que toutes les sommes dues à l'employé entre le moment où l'employeur a été déclaré en faillite, et celui où le syndic l'a congédié, sont des dettes de la masse, et ne sont pas atteintes par la remise concordataire.

(1) Trib. com. Le Havre, 2 juin 1908, *Journ. Faill.*, 1908, p. 474.

(2) Paris, 17 février 1892, D. 1894.2.1, S. 1895.2.233.

(3) Paris, 8 mai 1928 (2^e Ch.), *Gaz. Pal.* 1928.2.284.

La Chambre civile s'est prononcée dans le même sens par un arrêt du 22 janvier 1929 (1), jurisprudence qu'elle devait confirmer par un nouvel arrêt du 8 avril 1930 (2), particulièrement intéressant en ce qu'après avoir reconnu en principe que l'employé avait une créance sur la masse, il en fixe les limites :

« La Cour. Sur le premier moyen : « Attendu que le jugement attaqué (Trib. civ. de la Gironde, 29 avril 1929) constate que du 24 janvier 1927, date du jugement qui a admis au bénéfice de la liquidation judiciaire, la Société des Chantiers et Ateliers de la Gironde, jusqu'au 14 février suivant, date de son congédiement par le liquidateur provisoire, G..., ouvrier de l'entreprise, a continué à travailler et que son travail a profité directement à la masse des créanciers.

« Attendu que le Tribunal a décidé à bon droit dans ces circonstances, que la créance de G... comprenant les deux mois de salaire afférents au délai-congé prévu par le contrat, si elle n'était pas assortie avant la promulgation de la loi de 1928, du privilège établi par l'article 2102 C. civ. serait comme les salaires courus du 24 janvier au 14 février mise à la charge non de la faillite, mais de la masse.

« Attendu, en effet, que le contrat de travail conclu pour une durée indéterminée, ayant continué à recevoir son exécution après le jugement de mise en liquidation judiciaire dans l'intérêt de la masse, l'obligation d'observer le délai-congé incombait à celle-ci qui, dès lors,

(1) Civ., 22 janv. 1929, *Journ. Faill.*, 1929, p. 81.

(2) Civ., 8 avril 1930, D. H. 1930, p. 297 ; S. 1930.1.255 ; *Journ. Faill.*, 1930, p. 145.

devenait débitrice, des salaires afférents à cette période, qu'il suit de là que... ». Mais sur la 2^e branche du second moyen, vu l'article 565 du Code de commerce.

« Attendu qu'il résulte, tant des énonciations du jugement attaqué que de la procédure, que l'indemnité de licenciement qu'il est d'usage à Bordeaux d'allouer aux employés et ouvriers congédiés, cumulativement avec les salaires afférents au délai-congé est proportionnelle à leurs années de service ; qu'il s'agit dès lors en l'espèce, d'un supplément de salaires, alloué à G., en rémunération d'un travail accompli dans le passé, et non en rémunération du travail dont la masse des créanciers a directement profité ; qu'il suit de là qu'en ordonnant que l'indemnité de licenciement serait mise à la charge de la masse et non de la faillite, le Tribunal a fausement appliqué et a par suite violé le texte ci-dessus visé. »

La distinction que fait la Cour de Cassation entre le délai-congé et l'indemnité spéciale dite de licenciement se justifie parfaitement. L'indemnité de préavis est une forme de dommages-intérêts, une véritable clause pénale pour manquement au délai-congé imposé par la loi. L'employeur ou l'employé, quand ils sont unis par un contrat sans durée fixe, ont sans doute parfaitement le droit de le résilier à leur volonté, mais ils doivent laisser au cocontractant le temps de chercher un autre travail ou un autre employé. Si l'un des deux, et en général ce sera plutôt l'employeur moins embarrassé pour trouver un nouvel employé que celui-ci pour trouver un nouveau travail, veut se libérer immédiatement, il devra verser à son cocontractant une indemnité égale au salaire de cette période.

La durée du délai-congé et par conséquent l'importance

de l'indemnité de préavis sont fixés librement par les parties ou à défaut par les usages ; seul le principe en est imposé par la loi.

Au contraire, toute autre indemnité spéciale que l'employeur croirait devoir accorder à l'employé, par une clause du contrat, ou après, de son propre gré, représente en réalité une bonification pour le travail accompli. Elle doit donc subir le même sort que les salaires qui pourraient rester dus à l'employé. Elle constitue une dette du failli privilégiée pour une durée qui varie avec la nature de l'emploi, aux termes de l'article 549 C. com., dans la masse pour le surplus (1).

La même solution devrait être étendue aux pensions de retraite que certaines maisons importantes accordent à leurs employés et qui sont constituées par des retenues sur les traitements ou salaires. Le capital après rachat, devrait être versé en monnaie de dividende pour la partie correspondant aux années antérieures à la déclaration de faillite, et pris sur l'actif de la masse, pour la partie évidemment minime qui représente la période de travail au service de la masse.

La Chambre des Requêtes, par un arrêt du 2 mars 1931 (2), adopta la jurisprudence de la Chambre civile et décida que l'employé maintenu dans son emploi puis congédié par le syndic, est créancier de la masse pour son indemnité de congédiement et que par suite il devra

(1) Nous aurions préféré voir dans toute la créance une dette privilégiée du patron, car la responsabilité de la rupture du contrat n'incombe pas à la masse mais au failli. Cette solution aurait d'ailleurs été plus avantageuse pour le salarié. Voir *supra*, p. 254.

(2) Req., 2 mars 1931, *Gaz. Pal.* 1931, I, 709 ; *Journ. Faill.*, 1931, p. 64.

être payé par préférence. Par jugement du 12 décembre 1934, le Tribunal de commerce de la Seine (1) a également jugé que la masse, lorsqu'elle a conservé à son service les employés et ouvriers du failli et prétend les congédier par la suite, est tenue non seulement de leur verser l'indemnité de préavis, mais d'exécuter tous les accessoires du contrat de travail, faute de quoi, elle s'expose à une condamnation à dommages-intérêts.

§ 3. — *Le contrat n'est pas continué*

Quand le syndic ne continue pas le contrat de travail, le salarié ne peut évidemment exercer aucun droit contre la masse. Cependant, si le contrat est à durée fixe, il pourra en exiger la continuation, en qualité de créancier chirographaire dans la masse, s'il n'aime mieux le faire résilier ; de toute façon, il sera en droit de réclamer soit le respect du délai-congé ou l'indemnité de préavis dans la première hypothèse, soit dans des dommages-intérêts dans la seconde.

Indemnité et dommages-intérêts sont privilégiés au même rang que les salaires depuis la loi du 19 juillet 1928.

(1) Trib. com. Seine, 12 déc. 1934, *Gaz. Pal.* 1935, I, 275.

CHAPITRE IV

Le contrat d'assurance (1)

En succédant au commerçant déchu le syndic trouvera en cours d'exécution plusieurs contrats d'assurances : assurances contre l'incendie, contre les accidents du travail, contre le bris de glaces, contre le vol, et en cas de besoin les diverses assurances que nécessitent les automobiles, notamment les poids lourds (2).

A l'égard de ces diverses polices, et comme pour le bail, le syndic se trouvera partagé entre deux sentiments. éviter que la masse cesse d'être garantie contre ces différents risques, mais d'un autre côté, ne pas lui laisser imposer des contrats qu'il peut estimer désavantageux,

(1) Sur le sort du contrat d'assurance en cas de faillite de l'assuré, consulter PERCEROU, *op. cit.*, II, 887 et s. ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n^{os} 887 et s. ; LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, n^{os} 1851 et s., et sur la loi du 13 juillet 1930 ; COLIN et CAPITANT, II, 831 ; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, XI, n^o 1252 ; PRÉVOST et HÉREIL, *op. cit.*, p. 34 ; ANCEY et SICOT, *op. cit.*, p. 94.

(2) Nous négligerons le contrat d'assurance sur la vie dont le caractère particulier sortirait du cadre de notre étude ; il continue d'ailleurs à obéir aux règles de l'assurance et non pas à celles de la faillite.

mal faits, ou n'offrant pas de garantie véritable, notamment s'il juge la compagnie peu solvable.

C'est de ce souci que se sont inspirés les rédacteurs de la loi sur les assurances, du 13 juillet 1930. Toutefois, comme cette loi n'est pas rétroactive (1), et ne réglemente que les polices signées après sa promulgation, il y aura lieu après son examen, d'étudier le régime antérieur qui règle encore la majorité des contrats en cours.

SECTION I. — RÉGIME DE LA LOI DU 13 JUILLET 1930

L'article 18 de la loi est ainsi conçu :

« En cas de faillite ou de liquidation judiciaire, l'assurance subsiste au profit de la masse des créanciers qui devient débitrice envers l'assureur du montant des primes à échoir à partir de l'ouverture de la faillite ou de la liquidation judiciaire.

« La masse et l'assureur conservent néanmoins le droit de résilier le contrat pendant un délai de trois mois à partir de cette date ; la portion de prime afférente au temps pendant lequel l'assureur ne couvre plus le risque sera restituée à la masse.

« En cas de faillite ou de liquidation judiciaire de l'assureur, le contrat prend fin un mois après la déclaration de faillite ou de liquidation judiciaire sous réserve des dispositions de l'article 82 ci-après. L'assuré peut

(1) En ce sens, *Justice de paix*, Paris, 15^e arrt, 27 octobre 1932, *Journ. Fail.*, 1933, p. 187. (Cf. article 84 de la dite loi qui pose en principe la non-rétroactivité et ne fait pas figurer l'article 18 parmi les rares exceptions qu'il y apporte).

réclamer le remboursement de la prime payée pour le temps où l'assurance ne court plus ».

Ce texte est clair et se passe de tout commentaire.

Un rapprochement s'impose pourtant entre la solution de cette loi et la situation que fait au débiteur la loi du 12 février 1872.

Nous remarquons deux différences fondamentales.

1° La loi de 1930 ne se borne pas à suspendre pour un temps l'action en résiliation de l'assureur, comme l'article 450 du Code de commerce celle du bailleur. Elle décide que la police se poursuit de plein droit avec la masse, à moins que dans les trois mois, le syndic ne manifeste sa volonté de ne pas la continuer (Remarquons que le texte dit « résilier ». Il s'agit évidemment d'un abus de langage. Le syndic, pas plus que le débiteur lui-même, ne peut imposer la résiliation à l'assureur qui prétendrait maintenir le contrat, en qualité d'associé dans la masse, parce que, par exemple, les primes lui sont garanties par une caution solvable). Cet article prévient ainsi la controverse que pourrait faire naître le silence du syndic, et se prononce dans le sens opposé à la thèse que nous défendons. Ajoutons cependant que cette solution peut, nous le verrons, s'expliquer, sinon se justifier, par le caractère aléatoire du contrat d'assurance, ce qui n'est pas le cas du louage.

2° Quand le syndic a notifié au bailleur son intention de continuer la location, celui-ci ne peut plus demander la résiliation, pour le motif de la faillite. L'assureur, au contraire, peut toujours résilier la police même si la masse est notoirement solvable, même sans doute, bien que la loi ne précise pas ce point, si le syndic lui offre la caution solvable que prévoit l'article 346 C. com.

Pourquoi cette différence de traitement ? Elle tient, croyons-nous, à la nature aléatoire de l'assurance. L'assureur peut craindre que la surveillance du syndic soit moins attentive que celle du débiteur lui-même, et qu'il s'ensuive une aggravation du risque. Le taux des primes ne peut pas être augmenté, puisque c'est la même police qui se continue, il faut donc permettre à l'assureur de la résilier. Une erreur d'appréciation sur la solvabilité de la masse lui serait, d'autre part, beaucoup plus préjudiciable qu'au bailleur, puisqu'il n'est pas privilégié. Ajoutons enfin qu'un changement d'assureur (et dans bien des cas, le syndic conclura une nouvelle police à des conditions différentes avec la même compagnie) ne présente pas les mêmes inconvénients pour la masse qu'un changement de local.

Une dernière remarque, la faillite du bailleur ne touche en rien la location. La faillite de l'assureur résilie la police. C'est une présomption raisonnable de la volonté de l'assuré, puisque l'obligation de l'assureur, à la différence de celle du bailleur devant s'exécuter en espèces, l'assuré ne recevrait, en cas de réalisation du risque, qu'une partie de son indemnité.

SECTION II. — RÉGIME DES POLICES ANTÉRIEURES

A LA LOI DE 1930

Les polices d'assurance actuellement en cours d'exécution, avons-nous dit, ne sont pas soumises à la loi du 13 juillet 1930. Elles continuent donc à obéir aux principes généraux qui réglementent les contrats synallagmatiques en cas de faillite d'une des parties ; principes rappelés

à propos du contrat d'assurance maritime, par l'article 346 C. com. ainsi conçu :

« Si l'assureur tombe en faillite lorsque le risque n'est pas encore fini, l'assuré peut demander caution ou la résiliation du contrat.

« L'assureur a le même droit en cas de faillite de l'assuré ».

La faillite de l'assuré n'est donc pas une cause de résiliation de la police (1). Mais l'assureur pourra s'en prévaloir pour la demander en justice, à moins qu'il ne préfère continuer le contrat en qualité d'associé dans la masse. De son côté, le syndic peut déclarer prendre la police à la charge de la masse et faire ainsi disparaître la cause de résiliation fondée sur le motif de la faillite.

Comme pour les contrats précédents, nous étudierons les diverses hypothèses qui peuvent se présenter.

§ 1^{er}. — *Continuation de la police*

Le syndic, après avoir pris connaissance du contrat, aura décidé de le conserver au bénéfice de la masse. Il lui suffira d'en informer l'assureur sans aucune condition de forme. Un avenant sera parfois dressé, souvent l'assureur se contentera d'une lettre du syndic. Quelquefois même, la continuation résultera tacitement d'un acte de ce dernier qui exprimera clairement son intention.

(1) Cf. Alger, 24 nov. 1908, *Journ. Faill.*, 1909, p. 270 ; S. 1910. 2.20. Dans les explications qui vont suivre nous nous placerons uniquement dans le cas de faillite de l'assuré. La faillite de l'assureur ne présente aucune difficulté. S'il ne préfère demander la résiliation, l'assuré paiera les primes à la masse et, en cas de résiliation du risque, ne recevra l'indemnité qu'en monnaie de dividende.

A partir de ce moment, la prime courra à la charge de la masse et le syndic devra l'acquitter par prélèvement sur le patrimoine de celle-ci. Cette dette de la masse ne saurait être sérieusement contestée et la jurisprudence l'a reconnue à diverses reprises. Nous citerons notamment un jugement du Tribunal civil de Lyon (1^{re} Ch.), du 17 juillet 1883, qui le premier appliqua la théorie de la personnalité morale de la masse au contrat d'assurance, et un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 juillet 1905, ainsi qu'un arrêt plus ancien de la Chambre civile du 4 mars 1891 (1).

§ 2. — *Le syndic n'a pas pris parti*

Mais il arrivera souvent que ni l'assureur ni la masse ne voudront prendre l'initiative d'agir : le syndic s'abstiendra de toute notification, ou se bornera à informer la compagnie de la déclaration de faillite de l'assuré sans prendre parti. Celle-ci, de son côté, ne demandera pas la résiliation. Quelque temps se passera, puis, ou bien la prime viendra à échéance, ou bien encore le syndic aura vendu l'objet de l'assurance, sans imposer à l'acheteur la continuation de l'assurance comme la police y obligeait le failli.

La compagnie réclamera alors à la masse, soit le montant de la prime, soit des dommages-intérêts à raison de la violation d'une des clauses de la police, en prétendant que ce contrat étant successif, continuait « de plano » au profit et à la charge de la masse.

(1) Trib. civ. Lyon (1^{re} Ch.), 17. juil. 1883, *Rec. périod. ass.*, 1883, p. 106 ; Paris (9^e Ch.), 6 juil. 1905, *Rec. périod. ass.*, 1905, p. 473 et Civ., 4 mars 1891, D. 1891.1.290, *Rec. périod.*, 1891, p. 59.

Le syndic, au contraire, répondra à l'assureur, comme précédemment au bailleur, que, sans aucun doute, la police continue puisqu'elle n'est pas résiliée, mais qu'ainsi que tous les autres contrats conclus par le failli, elle ne confère à son bénéficiaire qu'une part d'associé dans la masse. La masse, ajoutera-t-il, ne peut être obligée que par les contrats qu'elle a librement acceptés. On ne saurait lui en imposer aucun.

C'est la thèse défendue par M. Percerou qui écrit : « De même qu'en cas de faillite de l'acheteur, le vendeur-à-livrer ne saurait contraindre le syndic qui s'y refuse à exécuter intégralement la convention, de même en cas de faillite de l'assuré, tant que les choses resteront en état, c'est-à-dire tant que le syndic n'a pas expressément ou tacitement marqué l'intention de prendre le contrat au compte de la masse, l'assureur ne saurait le contraindre s'il s'y refuse à exécuter intégralement l'assurance.

« La compagnie d'ailleurs n'a pas à se plaindre : C'était à elle une fois prévenue de la faillite de l'assuré à mettre le syndic en mesure d'opter, de même qu'en cas d'inaction de l'acheteur-à-livrer, c'est au vendeur désireux de savoir à quoi s'en tenir qu'il appartient de prendre l'initiative... » Cependant la jurisprudence repousse ce système... « ...L'erreur fondamentale de ces arrêts, écrit M. Percerou, est, à notre sens, de considérer que du moment où la police n'a pas été résiliée, elle lie la masse représentée par le syndic comme elle liait le failli. Or, il y a là une confusion évidente, la masse est *un tiers*, et en principe n'est tenue d'exécuter les obligations du failli qu'au marc le franc. Pour qu'elle soit obligée personnellement, il faut que le syndic ait con-

senti de reprendre pour elle l'assurance. En dehors de cette acceptation, la compagnie ne peut qu'exiger du syndic qu'il exécute (c'est-à-dire qu'il paye les primes) au marc le franc, la compagnie continuant du reste à répondre du risque pour le tout. Si elle ne prend pas ce parti évidemment désavantageux pour elle, elle n'a qu'un droit, faire résilier. Mais tant que le syndic n'a pas expressément ou tacitement, encore que par des actes significatifs, accepté de prendre l'assurance au compte de la masse, la compagnie ne peut l'y contraindre... ».

Avant de faire la critique de ces prétentions contraires, examinons la jurisprudence pour avoir des exemples concrets du conflit :

Entre 1880 et 1900 (1), une série de jugements du Tribunal de commerce de la Seine décida que la police d'assurance continuait de plein droit avec la masse faute par le syndic d'y avoir renoncé. Un autre jugement du même tribunal, 10 mai 1902 (2), décidait encore, que « le failli dont la police d'assurance n'a pas été résiliée par le syndic et auquel la compagnie réclame le paiement d'une prime échue postérieurement au jugement déclaratif, ne saurait valablement soutenir qu'il est en droit de s'acquitter de cette prime en monnaie de dividende conformément aux conditions du concordat intervenu ».

La question allait être, deux ans plus tard, posée à la Cour de Cassation dans les circonstances suivantes : la

(1) Trib. com. Seine, 15 déc. 1887, *Rec. périod. ass.*, 1888, p. 13 ; 25 mars 1892, *id.*, 1892, p. 551 ; 24 sept. 1890, *id.*, 1890, p. 297 ; 22 mai 1896, *id.*, 1896, p. 450 ; et aussi Justice de paix, Epinal, 7 fév. 1889, *id.*, 1889, p. 559, et Justice de paix, Paris, 17^e arrt., 24 fév. 1894, *id.*, 1895, p. 282.

(2) Trib. com. Seine, 10 mai 1902, *Rec. périod. ass.*, 1902, p. 251.

Société W. K. et C^{ie} avait assuré un établissement industriel à la Compagnie « La Foncière ». La police stipulait qu'en cas de cession de la chose assurée, le vendeur devrait obliger le nouveau propriétaire à exécuter la police, ou à défaut devrait payer à l'assureur, outre les primes échues, une indemnité égale à 25 % des primes à venir jusqu'à expiration de la police. La Société W. K. et C^{ie} fut admise au bénéfice de la liquidation judiciaire, puis obtint son concordat. Postérieurement à ce concordat, le fonds de commerce fut vendu et le représentant de la société n'imposa pas à l'acquéreur la continuation de la police.

« La Foncière » réclama l'indemnité prévue et la société, alors en liquidation volontaire, la lui offrit selon la loi du concordat. « La Foncière » exigea paiement intégral. Le Tribunal de commerce de la Seine, par jugement du 26 avril 1901 et la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 19 avril 1902, firent droit à cette demande parce que la créance de l'assureur était née le jour de la cession du fonds, c'est-à-dire après le concordat et non pas le jour de la mise en liquidation judiciaire de la société assurée.

La Société W. K. et C^{ie} se pourvut en Cassation pour violation des articles 444 et 516 C. com., 8 de la loi du 5 mars 1889, et 7 de la loi du 20 avril 1810, en ce que l'arrêt attaqué avait accordé à la défenderesse au pourvoi un privilège qui n'est pas inscrit dans la loi, et violé la loi de l'égalité entre les créanciers, en refusant de lui appliquer la loi du concordat sous prétexte que la créance devait être considérée comme un passif nouveau, alors que le principe absolument général d'après lequel les dettes non échues deviennent exigibles par le fait même

de la faillite ou de la liquidation judiciaire ne permettraient pas de distinguer cette créance des autres charges de la liquidation. La Chambre civile, par un arrêt du 16 avril 1904 (1), rejeta le pourvoi mais pour un motif nouveau assez étonnant dans l'état des faits.

« ...Attendu que la police d'assurance... n'ayant pas été résiliée lorsque cette société a été mise en état de liquidation judiciaire, a continué de produire ses effets au profit de la masse des créanciers de la liquidation ainsi devenue débitrice directe de la compagnie d'assurance du montant des primes à échoir à partir de l'ouverture de cette liquidation, que dès lors le concordat leur était inapplicable... »

Sans examiner pour le moment si la police continue ou non de plein droit avec la masse, remarquons que la Chambre civile répond à une question qui ne lui était pas posée et qui ne pouvait pas se poser. En effet, la violation du contrat qui avait rendu la compagnie créancière de l'indemnité prévue par la clause pénale, était postérieure au concordat, à un moment par conséquent, où la masse était dissoute. On ne pouvait plus se demander si la police violée continuait avec la masse ou avec le liquidé, parce que ce jour-là, il n'y avait plus ni masse ni liquidé, mais l'assuré primitif rétabli dans tous ses droits. La date seule de la cession du fonds suffisait à justifier la décision des premiers juges.

Un conflit du même genre se présentait encore trois ans plus tard devant les tribunaux : Le sieur L..., phar-

(1) Civ., 16 avril 1904, D. 1905.1.105, note PERCEROU ; S. 1905.1.505, note PERREAU ; *Gaz. Pal.* 1904, I, 676 ; *Rec. périod. ass.*, 1908, p. 22 ; et Jugement Trib. com. Seine, 16 avril 1901 ; *Rec. périod.*, 1901, p. 622 et Paris, 19 avril 1902, *id.*, 1902, p. 221.

macien, assura son fonds à la Compagnie « La Foncière », le 26 janvier 1905, pour une durée de 10 ans, moyennant une prime fixe annuelle et payable d'avance de 69 francs. Le 27 janvier 1906, jour de l'échéance de la prime pour la seconde année, L... fut déclaré en faillite, et V... nommé syndic. Le 30 janvier, la compagnie faisait présenter la quittance à V... qui répondit qu'il entendait ne pas continuer la police pour s'assurer à une compagnie de son choix.

« La Foncière » attaqua alors V..., ès qualités, pour obtenir paiement intégral de la prime. Le Tribunal de commerce de la Seine, par jugement du 10 janvier 1907 (1), (jugement déjà étudié dans notre première partie, et dans lequel nous avons vu la charte de la théorie de la personnalité morale de la masse), décida, après avoir rappelé la nature juridique véritable de la masse :

« Que s'il est hors de doute que la faillite ne résilie par les contrats conclus de bonne foi par le failli, que, par suite, si le contrat objet du litige subsiste entre les contractants, c'est-à-dire entre La Foncière et le failli, L..., il ne s'ensuit pas qu'il subsiste entre La Foncière et la masse, personnalité morale distincte, indépendante du failli, alors surtout que, comme dans l'espèce, le syndic avec les droits que lui confère la loi (article 578 C. com.), a déclaré renoncer au bénéfice du contrat d'assurance et ne point vouloir se substituer au failli L... pour son exécution.

« Que la prétention de la Compagnie La Foncière, si

(1) Trib. com. Seine (jugement précité), 10 janv. 1907, *Journ. Faill.*, 1907, p. 418 ; *La Loi*, 1^{er} mai 1907 ; Cf. *supra*, p. 84.

elle était admise, constituerait à son profit un privilège qui n'existe pas dans la loi.

« Que les privilèges sont de droit étroit, et, ne sauraient être étendus ; qu'il s'ensuit que La Foncière n'est pas créancière dans la masse ; qu'elle reste en présence de son contractant le failli ; et qu'en l'absence d'une résiliation qu'elle pouvait imposer à son gré aux termes du contrat, si elle le trouvait plus avantageux, elle est créancière dans la masse, pour le montant de la prime échue ».

C'était, nous le voyons, l'adoption complète des conclusions du syndic pour les motifs qui devaient, ces dernières années, dicter à la Cour de Cassation des décisions semblables en matière de louage.

« La Foncière fit appel. Et la Cour de Paris, dans un arrêt du 31 mars 1908 (1), décida que : « S'il est vrai qu'en principe, un contrat valablement conclu par le failli avant le jugement déclaratif ne peut, par lui-même, indépendamment de toute circonstance spéciale, rendre la masse débitrice, il en est autrement du contrat d'assurance.

« Ce contrat synallagmatique et aléatoire continue, à partir de l'événement de la faillite, à produire ses effets et à couvrir le risque pour le compte et au profit de la masse, et dès lors, celle-ci devient ainsi débitrice directe et personnelle du montant intégral de la prime échue, tant qu'une résiliation n'est pas intervenue ».

Ainsi, après avoir rendu, en quelque sorte, un hommage platonique à la thèse du syndic, en disant qu'elle

(1) Paris, 31 mars 1908, D. 1910.2.1, note PERCEROU ; *Rec. périod.*, 1910, p. 233.

peut s'appliquer aux autres contrats (on se demande auxquels, car nous avons vu que cette juridiction adoptait la théorie inverse pour les contrats de louage), la Cour d'appel ajoute qu'elle ne peut s'appliquer au contrat d'assurance parce qu'il est aléatoire. Et, elle renchérit même sur la jurisprudence de la Cour de cassation, parce que, dans cette espèce, le syndic avait expressément pris parti. Par un hasard curieux, l'assuré avait été déclaré en faillite, le jour même de l'échéance de la prime, et trois jours après son entrée en fonction, au moment où on lui présentait la quittance, le syndic avait déclaré ne pas continuer l'assurance. On ne pouvait donc lui reprocher ni silence ni retard, et d'autre part la police n'avait pas encore pratiquement continué au profit de la masse. Cependant l'arrêt déclare la masse débitrice des primes. Cela revient à décider que le syndic ne pourra jamais renoncer à la police même s'il l'estime mal faite, ou en tout cas, inutile pour la masse.

Le 18 août 1908, le Tribunal de commerce de la Seine renonçait à sa jurisprudence de l'année précédente, et par un nouveau jugement se ralliait à l'opinion de la Cour d'appel (1).

Mais la Cour de Chambéry, dans un arrêt du 17 juin 1913 (2) se prononçait au contraire très fermement en faveur de la thèse des syndics.

« ...Attendu en principe qu'il est admis, s'agissant d'un contrat dont les effets sont successifs, que les primes à courir sur une police d'assurance, après déclaration de faillite de l'assuré, de même que l'indemnité

(1) Trib. com. Seine, 18 août 1908, *Rec. périod. ass.*, 1908, p. 403.

(2) Chambéry, 17 juin 1913, *Rec. périod. ass.*, 1913, p. 472.

de résiliation encourue après cette déclaration, constitue un passif nouveau à la charge de la masse, non soumis à la loi du dividende, lorsque le patrimoine de la faillite a été ainsi conservé; qu'il est conforme à l'équité et au droit, que profitant de ce contrat, la masse de la faillite en supporte les charges et qu'elle assure l'exécution de ses clauses.

« Mais qu'il faut nécessairement pour qu'il en soit ainsi que l'administration de la faillite ait consenti expressément, ou tacitement en en profitant, à la continuation à son profit de l'assurance; car s'il en était autrement l'assureur qui a contracté avec le failli seul, se trouverait pour exiger l'accomplissement des obligations du failli, dans les conditions de tout créancier et soumis à la loi du dividende; qu'il faut donc rechercher si la masse de la faillite V... a voulu continuer la police dont s'agit, ou si elle en a profité... »

Et l'arrêt déclare, en fait, qu'il n'en est pas ainsi en l'espèce parce que :

1° Le syndic avait demandé à l'agent de la Compagnie un exemplaire des clauses et conditions générales, et un avenant, mais qu'après en avoir pris connaissance, il avait refusé de le signer.

2° La Compagnie ne fit pas présenter les quittances à l'échéance, mais seulement après la vente de l'actif et qu'ainsi elle prétendait toucher les primes après avoir suspendu l'assurance.

3° Que l'actif avait d'ailleurs une valeur nulle : ne comprenant qu'un aéroplane au lieu de quatre et des moteurs détachés dont la vente comme ferrailles ne produisit que 1.470 francs, quand la valeur assurée était de

71.500 francs. La masse n'avait donc en rien profité de l'assurance.

Et l'arrêt de conclure « que dans ces conditions la prétention de la Compagnie appelante ne repose ni sur un engagement exprès ni sur un engagement tacite et que ses droits vis-à-vis de la faillite V... sont ceux de tout créancier ».

Enfin le tribunal de commerce de Charleville (1) par un jugement du 25 avril 1928 se prononça dans le sens de la Cour de Cassation parce que :

« ...Les droits de l'assureur sont encore renforcés après l'entrée en scène du syndic ou du liquidateur judiciaire qui prend la qualité d'assuré aux lieu et place du liquidé ; le risque que couvre l'assurance porte désormais sur des objets qui sont dans une certaine mesure la propriété collective de la masse des créanciers ; que l'assurance joue alors dans l'intérêt de la masse, que c'est l'intérêt de la masse qu'elle couvre, que le contrat d'assurance est un contrat successif en vertu duquel une des parties n'accomplit ses obligations qu'au fur et à mesure des paiements de l'autre ; que pour toutes les prestations non encore réalisées au moment de la faillite ou de la liquidation judiciaire, le contractant non failli ou non liquidé se trouve exactement placé dans la position d'un bénéficiaire de contrat synallagmatique non exécuté ; qu'appartenant à la faillite ou à la liquidation judiciaire, si le contrat s'exécute comme en l'espèce, ce ne peut être que pour le compte de la masse qui devient ainsi débitrice de l'assureur ; que la dette

(1) Trib. com. Charleville, 25 avril 1928, *Rec. périod. ass.*, 1928, p. 269.

de la prime correspondant au risque couvert est donc une dette de la masse... »

De toute la jurisprudence que nous avons rapportée, un point doit nous frapper :

Alors qu'à propos du louage, les décisions se divisaient entre les deux thèses presque à égalité, en matière d'assurances, toutes sauf deux (et l'une encore fut infirmée en appel), se prononcent en faveur de la continuation de plein droit de la police avec la masse.

Les assureurs ont-ils donc pu faire valoir un argument d'une nature telle qu'il a entraîné la conviction de la presque unanimité des tribunaux ?

Ils pensent l'avoir trouvé dans le caractère aléatoire de ce contrat. L'assurance, disent-ils, ne peut pas être assimilée aux autres contrats synallagmatiques et notamment au louage. Elle ne consiste pas dans la mise à la disposition du commerçant, d'objets ou de locaux dont on puisse rechercher si la masse a fait ou non usage après la faillite, mais dans l'engagement de verser la valeur de la chose assurée au cas où l'événement prévu au contrat se réaliserait. L'obligation de l'assureur, c'est la garantie d'un risque. Dès lors, le profit de la masse résulte du fait seul de l'existence de ce risque, c'est-à-dire de sa possession des objets assurés. Elle ne peut pas prétendre que le risque ne courre pas à son égard, mais seulement contre le failli, comme elle pouvait soutenir que les objets ou locaux loués ne lui avaient été d'aucune utilité, parce qu'il lui faudrait prouver que l'événement prévu ne peut pas lui arriver : que le feu ne peut plus prendre dans ses magasins, qu'on ne peut plus la voler ou lui briser ses glaces, ce qui est à proprement parler absurde. En réalité, elle n'aura qu'une façon d'établir

l'absence de risque et donc de profit : prouver que les objets assurés avaient disparu avant la faillite.

Et puis ajoutent-ils, l'obligation de l'assureur n'est que conditionnelle. Elle ne vient à existence que si le risque se réalise. Donc au cas où l'événement prévu se produit après faillite, c'est à la masse que l'indemnité devra être versée, et l'assureur sera dans la situation du vendeur qui n'a pas livré l'objet vendu au moment où l'acquéreur tombe en faillite. S'il livre à la masse celle-ci est débitrice du prix aux termes de l'article 578 C. com. Enfin, ils font valoir l'argument déjà vu tant de fois : la masse est l'ayant cause du failli, donc elle doit exécuter ses engagements, du moins tant qu'elle ne les a pas repoussés.

Quant à ce dernier argument, nous en avons déjà fait justice à propos du louage d'objets mobiliers. Sans doute la masse ne peut imposer à la partie adverse la résiliation d'un tel contrat, sans doute ne peut-elle pas en contester la validité, mais elle ne doit l'exécuter qu'en monnaie de faillite, parce que le jugement déclaratif a mué la créance du contractant en une part d'associé donnant droit au partage de l'actif.

Plus probants sont les autres arguments et surtout le premier ; cependant à la réflexion, ils ne nous paraissent pas mieux fondés.

1° Sans doute la masse du fait même qu'elle possède les objets assurés va se trouver bénéficier de la garantie. Elle a dès à présent un droit éventuel au versement par l'assureur de la valeur de la chose au cas où l'événement prévu viendrait à se produire. Mais de ce droit, elle jouit de la même manière et pour la même cause que de tous les autres droits du failli. Investie de son patri-

moine, elle exerce tous les droits qui le composent. En échange de la prestation qu'elle exige, elle doit fournir celle du failli, mais, avons-nous dit, sous la forme d'une part d'associé donnant droit à une répartition proportionnelle de son actif. Cela est vrai des droits simplement éventuels du failli comme de ceux déjà certains, mais ce n'est tout de même pas parce que sa créance n'est qu'éventuelle que l'assureur doit être mieux traité que les autres créanciers.

2° Le risque vient-il à se réaliser ? Alors il est bien vrai que l'assureur est placé dans la même situation que tout autre contractant, et par exemple que le vendeur-à-livrer qui n'ayant pas exécuté sa prestation avant la faillite la fournirait à la masse. Mais que doit-on en conclure sinon que l'assureur jouit des mêmes droits que ce vendeur-à-livrer ?

Il pourra d'abord exercer son droit de rétention sur la prime, et comme en l'espèce les deux dettes sont fongibles, on aboutira à une compensation (1). L'assureur ne devra donc verser l'indemnité qu'après déduction du montant de la prime. Il pourra aussi se prévaloir de l'offre de paiement partiel du syndic pour demander la résiliation, sans attendre la réalisation du risque. Beaucoup de polices prévoient la suspension ou même la résiliation de l'assurance en cas de non-paiement d'une seule prime ou de faillite de l'assuré. Mais, pas plus que le vendeur-à-livrer ne peut imposer le marché à la

(1) La compensation est ici possible, malgré la déclaration de faillite, en raison de la connexité des dettes qui découlent du même contrat. En ce sens : PERCEROU, *op. cit.*, II, 872 ; Bordeaux, 2 nov. 1908 ; *Journ. Faill.*, 1909, p. 217.

masse, l'assureur ne peut lui imposer la continuation de la police. Et, c'est bien pourtant à quoi aboutirait la thèse des compagnies. En effet, à la différence du louage d'objets mobiliers, l'assurance est un contrat conclu pour une durée déterminée. Si l'on décide qu'elle continue de plein droit avec la masse, le syndic ne pourra pas plus que le failli lui-même en imposer la résiliation avant terme à la compagnie. Et s'il commet un acte obligeant celle-ci à le faire résoudre, il sera condamné *ès qualités* à de lourds dommages-intérêts.

C'est pour cela que la Cour d'appel de Paris, plus logique que les autres juridictions, a décidé par son arrêt du 31 mars 1908, précédemment rapporté (1), que même une déclaration contraire expresse du syndic n'empêche pas la police de se continuer de plein droit avec la masse.

Il faudrait donc admettre que dans toutes les hypothèses, l'assureur pourra réclamer à la masse la totalité des primes à venir jusqu'à expiration du contrat. Et, même si la Cour de Cassation lui applique sa jurisprudence d'avant 1872 en matière de bail, il faudrait décider qu'il pourra les prélever immédiatement, puisque l'article 444 C. com. prononce la déchéance du terme en cas de faillite du débiteur.

Et on ne voit pas pourquoi elle ne la lui appliquerait pas si elle continue à considérer les contrats successifs comme générateurs d'une seule dette payable à époques déterminées.

On aboutira donc à reconnaître à l'assureur un privilège — et même un super-privilège, puisqu'il pourra se faire payer le montant des primes, non pas seulement

(1) V. p. 271.

sur la valeur des objets assurés mais sur tout l'actif de la masse — en dehors de ceux prévus par la loi (1).

On pourrait songer à la thèse intermédiaire présentée par la jurisprudence à propos du louage et dire : la masse ne peut pas être obligée à continuer la police d'assurance sans que le syndic l'ait acceptée, mais son silence doit être considéré comme une présomption d'acceptation, parce que la trouvant en cours d'exécution il lui appartient de faire connaître ses intentions.

Mais sur quoi se fonderait une telle présomption ? Sans doute, la loi du 13 juillet 1930, après avoir décidé que l'assurance se poursuit avec la masse, prévoit que le syndic pourra la résilier dans les trois mois. Et, si le droit de résiliation de l'assureur se justifie par l'accroissement du risque, celui du syndic ne peut s'expliquer qu'en raison de ce que la loi considère la masse comme un tiers ne pouvant s'obliger que de sa propre volonté, mais présume l'acquiescement du syndic. Il appartient alors à celui-ci de faire tomber la présomption par une déclaration contraire.

Mais la présomption que la loi peut créer demeure interdite aux tribunaux en dehors d'un texte précis.

Pour toutes ces raisons, nous estimons qu'à l'égard des assurances conclues sous le régime antérieur à la loi du 13 juillet 1930, la faillite de l'assuré n'entraînera pas de plein droit continuation de la police avec la masse. L'assureur, comme tous les autres créanciers en vertu d'un contrat synallagmatique, aura le choix entre continuer la police en qualité d'associé dans la masse, ou résilier, mais s'il se prétend créancier de la masse, il lui

(1) En ce sens, note PERCEROU précitée au D. 1910.2,1,

faudra rapporter un écrit ou une déclaration expresse ou encore un ensemble de faits concordants et indubitables prouvant l'intention du syndic. Nul doute, qu'à la suite de ses arrêts de 1933 et 1934 la Cour de Cassation ne veuille étendre sa jurisprudence aux contrats d'assurance, si la question lui est à nouveau soumise.

La loi nouvelle ne saurait fournir un argument en sens opposé, puisque, nous l'avons vu, consacrant formellement la qualité de tiers de la masse, elle établit une présomption qui ne peut s'appliquer évidemment aux contrats antérieurs. Notons enfin que toute clause de la police qui prétendrait imposer la continuation de l'assurance à la masse serait sans aucun effet à son égard puisqu'elle demeure étrangère au contrat.

Il faut bien remarquer que la thèse du syndic présente moins d'inconvénients pour les assureurs que celle des compagnies pour les faillites. Il leur est en effet très facile de ne pas garantir intégralement le risque tout en ne recevant qu'une prime partielle. Il leur suffit de stipuler que la prime est payable d'avance. Tel est bien le cas de la majorité des polices.

A défaut il leur sera toujours facile d'obliger le syndic à choisir, en demandant en justice la résiliation du contrat. La masse au contraire, ne pourrait jamais se refuser à le continuer.

§ 3. — *Le syndic continue l'assurance puis rompt le contrat*

Une dernière hypothèse nous reste à examiner : le syndic a volontairement continué l'assurance puis l'intérêt de la masse exigeant la réalisation de l'actif, il a été

amené à en méconnaître une des clauses. L'assureur peut-il réclamer des dommages-intérêts à la masse ? Nous avons dit à propos du contrat de louage (1) que le soutien apporté par la masse à l'obligation du failli est essentiellement subordonné à la condition de ne pas diminuer d'une façon sensible son actif.

Si la continuation du contrat devient désavantageuse, l'engagement de la masse disparaît, et pour ses dommages-intérêts le cocontractant se retrouve en face du failli et donc associé dans la masse. Il est à cet égard dans la même situation qu'au jour de la déclaration de faillite, et comme les prestations qu'il a fournies depuis lui ont été payées par la masse, il ne subit en définitive aucun préjudice particulier du fait que le syndic interrompt l'exécution du contrat qu'il avait repris au nom de la masse.

Ces principes doivent être appliqués à l'assurance. Nous concluons donc que le syndic pourra renoncer à la continuation de la police au nom de la masse quand elle lui devient inutile, en se bornant à offrir à l'assureur son admission au passif chirographaire pour l'indemnité de résiliation généralement prévue par le contrat.

La Cour d'appel de Chambéry, par son arrêt précité du 17 juin 1913 (2), a cependant décidé, en principe, que la masse est personnellement tenue au paiement de l'indemnité de résiliation, bien que dans l'espèce qui lui était soumise la question ne pouvait se poser.

(1) Voir *supra*, pp. 248 et 254.

(2) Voir *supra*, p. 272.

CHAPITRE V

Contrats divers

Les mêmes principes doivent nous dicter des solutions semblables pour tous les autres contrats synallagmatiques. Nous examinerons maintenant les principaux d'entre eux, soit qu'ils aient été réglementés, soit que la jurisprudence ait eu à connaître de difficultés soulevées par la faillite de l'une des parties.

§ 1^{er}. — *La vente* (1)

Si l'acquéreur vient à tomber en faillite après livraison des objets vendus, le vendeur est purement et simplement créancier dans la masse ; si au contraire le vendeur (2), n'a pas effectué encore la tradition, la loi lui réserve formellement le droit de rétention, et la faculté de demander la résiliation (même s'il avait accordé des délais à l'acquéreur. La faillite entraînant la déchéance du terme, articles 1613 C. civ. ; 444 C. com.).

(1) Consulter BONNICHON, thèse précitée ; PERCEROU, *op. cit.*, II, 1020 et s. ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n° 559.

(2) Nous nous plaçons uniquement dans l'hypothèse de la faillite de l'acquéreur ; la faillite du vendeur obéit aux mêmes principes mais rend la masse créancière et sort du cadre de notre étude.

L'article 577 du Code de commerce décide en effet :

« Pourront être retenues par les vendeurs les marchandises par lui vendues, qui ne seront pas délivrées au failli et qui n'auront pas encore été expédiées soit à lui, soit à un tiers pour son compte. »

Et l'article 578 poursuit : « Dans le cas prévu par les deux articles⁶ précédents et sous l'autorisation du juge-commissaire, les syndics auront la faculté d'exiger la livraison des marchandises, en payant au vendeur le prix convenu entre lui et le failli. »

« S'ils n'en usent pas, l'inexécution des marchés oblige... »

Donc, tant que la résiliation n'est pas acquise, le syndic de la masse des créanciers de l'acheteur conserve le droit de reprendre la vente pour le compte de celle-ci. Muni de l'autorisation du juge-commissaire, il pourra obtenir livraison des marchandises vendues en offrant, soit, si la vente a été faite à crédit, de donner caution pour garantir le paiement à échéance, soit de payer comptant en demandant l'escompte d'usage.

De toute façon, c'est la masse qui est devenue débitrice du prix. Le syndic devra en prélever le montant sur l'actif.

Quand la vente porte sur un objet ou une catégorie d'objets déterminés, la question tellement importante pour les contrats successifs, de savoir si le syndic a repris ou non la convention n'aura pas à se poser. Elle retrouvera au contraire tout son intérêt en cas de vente comportant une série de livraisons à effectuer dans un temps donné : achat de charbon ou de matières premières et aussi dans les ventes après fabrication des objets vendus

que l'on désigne sous le nom générique de « marché de fournitures ».

Comme précédemment, nous pensons que le contrat ne saurait s'imposer de plein droit à la masse. Le vendeur, s'il se prétend créancier de celle-ci, devra rapporter la preuve d'un engagement exprès ou tacite du syndic.

Bien que d'une application extrêmement fréquente, la reprise au nom de la masse d'une vente conclue avec le failli, ne donne jamais lieu à la moindre difficulté et on ne trouve aucune jurisprudence sur la question.

Cependant une décision toute récente dut rappeler ces principes dans les circonstances suivantes :

La Société de dépôts et agences de vente d'usines métallurgiques dite D. A. V. U. M. avait fourni des matières premières à T..., entrepreneur de construction de péniches à Bezons, pour une somme de 110.354 fr. 95. T... ayant besoin de nouvelles matières premières, céda à la Société D. A. V. U. M., par convention du 16 janvier 1930, une créance de 60.000 francs sur les sommes à lui dues par la Société de Touage et de Remorquage qui lui avait commandé les péniches. Cet acte fut signifié à la société débitrice le 19 janvier 1930.

T... étant mis en liquidation judiciaire puis déclaré en faillite, le syndic contesta la validité de la délégation et offrit à la Société D. A. V. U. M. 20 % des sommes qu'il devait recevoir de la Société de Touage, pour le compte de qui il continuait à fabriquer les péniches avec les matières premières fournies par la dite société.

Le Tribunal de commerce de Versailles rejeta la demande du syndic par jugement du 4 juillet 1931. Sur

appel, la Cour de Paris (3^e Ch.) décida, par arrêt du 1^{er} juin 1934 (1), que :

«... La somme pour laquelle le privilège (c'est-à-dire la préférence), est réclamée, représente la créance garantie par la délégation faite par T... sur la Société de Touage ; considérant que Touvay (le syndic) ès qualités, au nom de la masse, a fait construire des péniches avec les matières premières fournies par la Société D. A. V. U. M. pour éviter les pénalités prévues en cas de non exécution du marché ; considérant qu'ayant agi dans l'intérêt de la masse, il ne peut refuser au créancier de la masse, fournisseur des matières destinées à la construction des bateaux, le règlement du prix des fournitures ; considérant que Touvay devait savoir qu'en continuant le contrat après le jugement déclaratif, il l'a pris pour le compte de la masse, et qu'il est tenu de le respecter ; considérant qu'il ne peut ignorer que les créanciers de la masse, même sans délégation, comme dans l'espèce, doivent être payés avant tous les autres, *même avant les créanciers privilégiés de la masse...* »

Dans cet état des faits, la créance de la Société D. A. V. U. M., même sans la cession du 16 janvier 1930, résultait de la continuation du contrat par la masse. En effet, celle-ci avait utilisé les matières premières fournies et en avait retiré le profit. Ayant continué personnellement le contrat, non seulement elle devenait débitrice du prix, mais elle devait en respecter toutes les clauses, et notamment la délégation qui faisait partie intégrante du marché.

(1) Paris, 1^{er} juin 1934, *Gaz. Pal.* 1934, II, 746 (en sous-note).

§ 2. — *Autres applications de la jurisprudence*

La Cour d'appel de Paris décida également par un arrêt du 26 juillet 1855 (1) que le contrat d'édition devait être exécuté par la masse de la faillite de l'éditeur.

La Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 11 novembre 1912 (2), a décidé que, lorsque la masse de la faillite d'une société de meunerie utilisait les brevets loués par la dite société, elle doit être considérée comme ayant repris la location à son compte, et devient débitrice du loyer.

C'est enfin à propos d'une adhésion à un groupement professionnel que fut rendue il y a quelques années, une décision très importante qui nous retiendra plus longtemps :

La Société des Affréteurs réunis avait adhéré en 1903 au « Comité Central des Armateurs de France ». Cette adhésion, se renouvelant chaque année faute d'être dénoncée avant le premier janvier, oblige les membres à verser une cotisation, le 1^{er} mai suivant, en échange des renseignements que leur transmet le comité, et de la défense de leurs intérêts qu'il assure. Le 6 octobre 1922 la Société des Affréteurs réunis fut admise au bénéfice de la liquidation judiciaire, convertie en faillite par jugement du 22 décembre suivant.

Le 1^{er} mai 1923, le Comité Central réclama paiement à la masse de la cotisation qui, pour l'année 1923, s'éle-

(1) Les circonstances et le dispositif seuls de cet arrêt sont rapportés à propos d'un procès survenu par la suite dans la même affaire, dans un arrêt de Req., 4 janv. 1858, D. 1859.1.198, S. 1858.1.213.

(2) Req., 11 nov. 1912, D. 1914.1.133.

vait à la somme de 42.134 fr. 25, en prétendant que faute d'y avoir renoncé, la masse se trouvait de plein droit faire partie du groupement. Le syndic répondit par une offre d'admission au passif chirographaire, parce que, n'ayant même pas eu connaissance de cette adhésion, il ne pouvait certainement avoir voulu la continuer ; et que d'autre part, l'exploitation ayant été interrompue, la masse n'avait pu retirer aucun bénéfice des renseignements communiqués et n'avait plus aucun intérêt à défendre.

Le Tribunal de commerce de la Seine, par jugement du 26 novembre 1923, condamna la masse parce que : « En continuant à recevoir régulièrement sans protestation, postérieurement au prononcé de la faillite les circulaires et divers renseignements qui étaient adressés au siège social de la société dont il était liquidateur, Hamot, en sa qualité, a, tout au moins tacitement, fait connaître son intention de faire profiter la masse des créanciers des avantages qu'elle pouvait retirer du fait de continuer à adhérer au Comité Central des Armateurs de France, les renseignements fournis par celui-ci étant d'ordre général et pouvant intéresser la liquidation et la faillite, bien que l'exploitation ait cessé. »

Et la Cour d'appel de Paris, par un arrêt du 13 février 1929 (1), confirma le jugement par adoption de ses motifs, et pour d'autres qu'elle précise en ces termes :

« Qu'il entraît essentiellement dans la mission de Hamot de connaître et la comptabilité et la correspondance même adressée au bureau de la société qu'il représentait comme syndic.

(1) Trib. com. Seine, 26 nov. 1923 ; Paris, 13 fév. 1929, *Journ. Faill.*, 1929, p. 182.

« Considérant qu'il s'est abstenu de dénoncer après le 1^{er} janvier 1923 le contrat intervenu en 1903... que cette abstention ne peut s'expliquer par l'ignorance du contrat;

« Considérant qu'en réalité, il a eu, au moins pendant un certain temps, l'espérance qu'en continuant l'exploitation de l'entreprise des Affréteurs réunis, la situation de cette société pourrait être améliorée ou rendue moins mauvaise ; que cette exploitation avait été continuée ; que dès lors, le maintien du contrat... présentait une utilité certaine ; que dans de telles circonstances les premiers juges ont avec raison interprété l'abstention du syndic à dénoncer le contrat, comme une acceptation tacite de contrat ;

« Considérant d'autre part que la Société des Affréteurs réunis a été mise à même de profiter des avantages que pouvaient lui procurer les informations qu'elle recevait du Comité Central, même après la suspension de l'exploitation, ainsi que les premiers juges l'ont fait justement observé. Qu'en conséquence le Comité Central est fondé en son action, laquelle n'est ni une action en dommages-intérêts, ni une action « de in rem verso », mais qui tend simplement au paiement de la cotisation promise et due en vertu du contrat. »

Cette décision est d'autant plus importante qu'étant la seule jusqu'à présent, intervenue à propos de l'adhésion à un groupement professionnel, elle pourrait fonder une jurisprudence par la suite.

La Cour d'appel estime que l'adhésion au Comité ne continue pas de plein droit avec la masse, mais qu'elle résultait cependant de l'acceptation tacite du syndic qui s'était abstenu de la dénoncer alors qu'il devait nécessairement en avoir eu connaissance, qu'en tout cas elle

résultait de la réception des circulaires envoyées par le comité et du profit que la masse aurait pu en retirer.

Ces solutions nous paraissent très contestables. En effet, le Comité ne prouvait pas que le syndic avait eu réellement connaissance de cette adhésion. On ne saurait exiger de lui qu'il lise tous les imprimés adressés au failli, et la comptabilité ne pouvait lui révéler la nature, ni à plus forte raison les clauses, du contrat en vertu duquel le paiement noté avait été fait.

En aurait-il eu connaissance, pourquoi l'absence de dénonciation prouverait-elle son intention de continuer le contrat ? Elle montre tout au plus que le syndic ne voyait pas d'inconvénient à laisser l'adhésion au groupe ment se poursuivre avec le failli et donc dans la masse. Pour démontrer qu'une obligation nouvelle de la masse avait renforcé celle du failli, il faudrait prouver une acceptation expresse ou tacite du syndic. En prétendant la trouver dans un fait négatif, l'arrêt renverse l'ordre légal de la preuve et établit une présomption de droit qui n'est pas prévue dans la loi.

La seule présomption de fait de la continuation du contrat par le syndic pouvait résulter d'un profit réalisé par la masse. Mais là encore, tous les faits constatés sont en désaccord avec la solution donnée par l'arrêt. Si l'exploitation avait bien continué après la mise en liquidation judiciaire d'octobre 1922, elle avait complètement cessé après la conversion en faillite de décembre suivant (ce qui explique la contradiction apparente que l'on constate sur ce point entre les énonciations du jugement et celles de l'arrêt) ; et par conséquent, le bénéfice, s'il y en avait un se plaçait tout entier dans l'année 1922 pour laquelle la cotisation avait été payée, et non pas en 1923, année dont le Comité réclamait la cotisation.

Il restait à démontrer que l'adhésion au Comité des Armateurs de France était utile, non pas seulement à la continuation de l'exploitation, mais aussi aux opérations de liquidation, ce que ne constate pas notre arrêt. Et donc, pour les adhésions au groupement professionnel comme pour tous les autres contrats nous aboutirons à la même conclusion : la masse n'est jamais obligée d'exécuter personnellement les obligations du failli, elle ne le doit que si elle y consent. Il appartient au groupement de menacer de radier le failli de la liste de ses membres s'il veut inciter le syndic à choisir. Il ne peut jamais le contraindre à adhérer.

§ 3. — *Abonnements aux services publics*

Nous donnerons encore la même solution pour les contrats d'abonnement aux services publics, eau, gaz, électricité, téléphone qu'aura souscrits le failli. Toutefois, la difficulté de savoir si le syndic a continué ou non l'abonnement ne se présentera jamais, car les compagnies concessionnaires ou les Régies communales ou départementales, ou l'Administration des P. T. T. ont l'habitude soit de cesser leurs fournitures soit de couper la ligne dès qu'elles apprennent la déclaration de faillite ou la mise en liquidation judiciaire de l'abonné, bien que les clauses et conditions générales prévoient le plus souvent que le service ne pourra être suspendu que cinq jours après la mise en demeure qui devra être faite au cas où une quittance n'aurait pas été payée (1).

(1) Cf. notamment l'article 22 de la police-type d'abonnement établi par le Conseil municipal de Paris pour la concession accordée à la Compagnie Parisienne de Distribution d'Electricité.

Le syndic ou le liquidé et le liquidateur devront s'ils veulent continuer l'exploitation, former une nouvelle demande. Il faudra simplement distinguer entre la continuation de l'abonnement précédemment passé par le failli et la souscription d'un nouveau contrat. Le plus souvent cela n'aura pas d'intérêt, puisque les clauses sont contenues dans un contrat-type identique pour tous les abonnés.

Le Tribunal de commerce de Saint-Etienne a eu récemment à se prononcer sur cette question : la compagnie qui fournit l'électricité à cette ville avait convenu avec une société industrielle d'une police aux termes de laquelle, la société abonnée devait payer une redevance forfaitaire annuelle de 5.000 francs, plus naturellement la fourniture d'électricité tarifée à l'unité habituelle. La société étant tombée en faillite, la compagnie d'électricité produisit pour sa créance d'énergie fournie, sans réclamer la redevance forfaitaire. Puis le syndic demanda le rétablissement du courant qu'il fit d'ailleurs interrompre peu de temps après. La compagnie se prétendit alors créancière de la masse pour, outre l'énergie consommée, ce qui ne lui était pas contesté, la redevance forfaitaire annuelle de 5.000 francs et pour des dommages-intérêts de résiliation. Le tribunal repoussa cette demande, dans un jugement du 30 janvier 1929 (1) parce que :

1° L'examen des faits prouvait que la redevance forfaitaire avait déjà été payée par le failli.

2° En tout cas, il résultait de l'intention des parties, que le syndic n'avait pas continué la police de la société faillie, mais souscrit un abonnement nouveau ne pré-

(1) Trib. com. St-Etienne, 30 janv. 1929, *Journ. Faill.*, 1929, p. 203.

voyant pas la redevance de 5.000 francs, et qu'en conséquence à supposer même que la redevance n'eut pas été payée, la masse ne pouvait pas être obligée à exécuter personnellement une convention à l'égard de laquelle elle était demeurée un tiers.

3° Enfin il écarta la demande d'indemnité en posant en principe que la résiliation d'un contrat pour cause de faillite ne donne pas droit à dommages-intérêts, et que la loi du 20 mars 1928 est spéciale à la vente. Ce dernier point nous paraît en contradiction avec les deux autres. A supposer même que le principe fut exact, il ne peut être appliqué qu'au débiteur en faillite. Or, la masse est très certainement « in bonis » et avait d'autre part contracté un abonnement nouveau.

Pour écarter la demande en dommages-intérêts, il eut mieux valu dire que les conventions passées par la masse sont toujours subordonnées à la condition de ne pas grever inutilement son patrimoine. Et encore, dans l'espèce, il s'agissait d'un contrat nouveau ; par conséquent le syndic ne pouvait soutenir que son inexécution est la conséquence de la faillite comme au cas de continuation d'une convention préexistante. Le tribunal aurait dû considérer la masse comme n'importe quel autre abonné et la condamner à des dommages-intérêts, envers la compagnie.

CONCLUSION DU TITRE PREMIER

Nous avons ainsi achevé l'étude des sources contractuelles des dettes de la masse. Nous devons maintenant tenter d'en dégager les principes généraux qui permet-

traient de résoudre des conflits analogues. Ils peuvent, croyons-nous, se résumer en cinq points :

1° La masse, par son organe exécutif (syndic, liquidé et liquidateur, liquidé agissant seul), peut conclure des conventions. Elle devient alors débitrice de la prestation promise.

2° Les contrats valablement conclus « *intuitu pecunie* » par le débiteur, avant la déclaration de faillite, ne sont pas résolus de plein droit par cet événement. Ils se continuent avec le failli, et rendent le tiers contractant créancier dans la masse s'il ne préfère en demander la résiliation en justice en se basant sur la présomption d'inexécution partielle qui résulte de l'ouverture de cette procédure.

3° Le syndic s'il estime la convention avantageuse peut prévenir la résolution, en s'engageant au nom de la masse à exécuter la prestation promise par le failli. Il pourra alors réclamer celle de la partie adverse.

4° La continuation du contrat par la masse ne peut résulter que de la volonté exprimée par le syndic. Le caractère synallagmatique d'un contrat ne saurait suffire à l'imposer à la masse, ni le silence du syndic valoir acceptation. L'acceptation peut toutefois être tacite, mais il appartiendra au cocontractant de la prouver. Cette preuve sera rapportée en établissant un ensemble de faits d'où ressortira, sans doute possible, l'intention du syndic. Ce sera le plus souvent : l'utilisation par la masse, ou le profit par elle personnellement retiré de la prestation fournie par le tiers.

5° Le syndic peut, sans exposer la masse à des dommages-intérêts, suspendre l'exécution du contrat après avoir déclaré le continuer, si cette continuation est désa-

vantageuse ou inutile. La menace de perte constitue une véritable condition résolutoire détruisant l'obligation de la masse. Le cocontractant pourra donc simplement produire à la faillite pour sa créance de dommages-intérêts. Si la vérification des créances a lieu pendant que la masse exécute le contrat il agira prudemment en demandant une admission conditionnelle pour le cas où la convention viendrait à ne pas être poursuivie jusqu'au terme fixé.

TITRE II

LES OBLIGATIONS EXTRA CONTRACTUELLES DE LA MASSE (1)

Si les contrats constituent la source principale des obligations de la masse, ils n'en sont cependant pas la seule.

Comme les autres sujets de droit, elle peut encore être obligée, soit par la volonté d'un tiers, — c'est le quasi-contrat, — soit par son propre fait : c'est le délit ou le quasi-délit ; soit enfin par la volonté de la loi : dépens et impôts.

(1) Nous empruntons cet intitulé à un article de M. Henri MAZEAUD paru dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1926, p. 126, auquel nous aurons bien souvent l'occasion de nous référer dans la suite de cette étude.

CHAPITRE PREMIER

Dettes de masse par la volonté du créancier

La masse peut se trouver obligée envers un tiers par la volonté de celui-ci (1) dans trois espèces de circonstances.

Une personne, souvent déjà créancière du failli, apprenant que la masse est menacée de subir une perte intervient et réussit à l'éviter : gestion d'affaires.

Elle aura procuré, à son détriment, un avantage à la masse, involontairement : enrichissement sans cause, ou parce qu'elle s'était crue, à tort, débitrice envers celle-ci : répétition de l'indu.

Enfin la masse ensaisie du patrimoine du failli, a pu s'emparer de certains biens appartenant à des tiers. Peut-elle les conserver, doit-elle laisser le propriétaire les reprendre : action en revendication contre la masse.

(1) MM. COLIN et CAPITANT, II, n° 954, critiquent cette expression en faisant remarquer que la volonté d'une personne ne peut la rendre créancière d'une autre, ce sont là, disent-ils, des obligations créées par la volonté de la loi. On peut en dire autant de toutes les obligations, même contractuelles, puisqu'elles tirent leur caractère obligatoire de l'article 1134 C. civ. En tout cas la volonté du créancier aura été la cause du déclenchement du mécanisme de la loi et dans cette mesure on peut dire que la créance quasi-contractuelle est née de la volonté du créancier.

SECTION I. — LA GESTION D'AFFAIRES (1)

Il y a gestion d'affaires quand une personne entreprend, sans en être chargée, des actes utiles à une autre, avec l'intention de lui rendre service.

Quand l'acte fait par le gérant est de ceux que le maître de l'affaire n'eût pas manqué d'accomplir s'il en avait eu la possibilité, ou s'il a ratifié l'initiative du gérant, le Code civil (articles 1372 à 1375) décide que le maître de l'affaire doit prendre à sa charge la gestion commencée et indemniser le gérant, alors même qu'un cas fortuit aurait fait disparaître par la suite le résultat utile de la gestion.

Ces principes s'appliquent à la masse comme à toute autre personne morale ; et les tribunaux eurent plusieurs fois à en faire état.

La Chambre des Requêtes par un arrêt du 4 janvier 1858 le reconnut dans des circonstances ainsi relatées par M. Mazeaud dans l'article que nous avons cité.

« En 1842, Dupré, imprimeur à Poitiers, et Videcoq, libraire à Paris, s'étaient engagés solidairement envers M. Boileux à publier une édition de son « Commentaire sur le Code civil ». A la suite de difficultés entre D. et V., les coobligés, une sentence arbitrale rendue en 1853 mit

(1) Sur la gestion d'affaires de la masse, consulter : PERCEROU, *op. cit.*, n° 757 ; LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, n° 1793 ; GOMBEAUX, *article précité* ; H. MAZEAUD, *article précité*, et sur la gestion d'affaires en général : PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, VII (ESMEIN), n°s 721 et s. ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, n°s 352 et s. ; DEMOGUE, *op. cit.*, III, n°s 2 et s. ; Maurice PICARD, *La gestion d'affaires dans la jurisprudence contemporaine* (*Rev. trim. Droit civil*, 1921, pp. 419 et s. et 1922, pp. 5 et s.).

tous les frais de l'édition à la charge exclusive de V... Conséquence : D... restait obligé envers M. Boileux, ce dernier étant étranger à la sentence, mais il avait un recours contre V... qui tomba en faillite ; M. Boileux ne voyant pas paraître son commentaire poursuivit les deux coobligés. »

Un jugement confirmé en appel condamna D... et le syndic de la faillite V... à s'exécuter. D... termina alors l'impression à ses frais et se prétendit créancier de la masse. Le Tribunal de la Seine le 11 juin 1856 repoussa cette demande, mais la Cour d'appel par un arrêt du 8 mai 1857 la déclara recevable et la Chambre des Requêtes confirma l'arrêt, parce que, en évitant à la masse de la faillite V..., une condamnation à des dommages-intérêts au profit de M. Boileux, il avait utilement géré l'affaire de celle-ci (1). On peut cependant se demander si une admission dans la masse, de M. Boileux, n'aurait pas été plus avantageuse pour les créanciers de V... que l'exécution du contrat.

Cette jurisprudence fut confirmée par un arrêt de la Chambre civile du 22 février 1888 (2).

Les faits étaient particulièrement curieux : le sieur Mainet avait payé à la Banque de Mulhouse, une somme de 9.305 francs due à cet établissement par le sieur G. L. et garantie par un warrant sur des vins entreposés aux docks d'Epinal. Le premier warrant étant annulé, un second d'une valeur de 18.000 francs fut établi à l'ordre de Mainet. Entre-temps G. L. tomba en faillite. La vente des vins n'ayant pas couvert le montant de la créance,

(1) Req., 4 janvier 1858, S. 1858.1.213, D. 1859.1.198.

(2) Civ., 22 fév. 1888, D. 1888.1.310, S. 1890.1.535, *Journ. Trib. com.*, 1888, p. 700.

M. réclama la différence à la masse de la faillite G. L., soutenant qu'en payant la Banque de Mulhouse, il avait utilement géré l'affaire de la masse. La Cour d'appel de Besançon repoussa sa demande, mais la Cour de Cassation l'accueillit parce que :

« D'une part, nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui, et qu'en vertu de ce principe, celui qui s'est immixé dans les affaires d'un tiers, a le droit de lui réclamer le remboursement des dépenses par lui faites, jusqu'à la concurrence du profit qu'il lui a procuré.

« Que d'autre part, ...la loi considère le commerçant comme failli et le qualifie tel, par cela seul qu'il a cessé ses paiements, et avant toute déclaration émanée soit de lui-même, soit du Tribunal de commerce, en telle sorte que le jugement déclaratif ne crée pas la faillite, mais ne fait que la proclamer comme nécessairement préexistante. Qu'il suit de là que tous les avantages procurés, comme dans l'espèce au failli, par le fait d'un tiers dans la période de cessation des paiements et dans les dix jours qui l'ont précédée, profitent directement à la masse des créanciers, qui est tenue par conséquent de l'en indemniser jusqu'à concurrence du bénéfice qu'elle en a retiré, comme l'aurait fait le failli lui-même. »

Nous remarquons d'abord que cet arrêt ne distingue pas encore nettement l'action pour enrichissement sans cause de l'action de gestion d'affaires. Si leur fondement moral est le même, cependant leur champ d'application et leurs résultats sont assez différents.

Sans vouloir discuter de la question de la faillite virtuelle, nous devons constater que la décision de la Chambre civile n'est pas très justifiée. En effet, on ne voit pas d'une part, l'utilité de la gestion : si la Banque

de Mulhouse n'avait pas été remboursée elle n'aurait pu que produire dans la faillite. Pourquoi le tiers qui l'a payé, serait-il mieux traité qu'elle ? Cette initiative aurait donc finalement causé un préjudice à la masse.

D'autre part, M. n'avait certainement pas l'intention de rendre service au commerçant en difficultés ni à la masse des créanciers, mais bien plutôt de réaliser une bonne affaire personnelle. En garantie de son prêt il recevait un warrant de 18.000 francs et devait donc se croire couvert au double. Il s'est trompé dans son évaluation, il peut certainement réclamer la différence (il s'agissait d'un prêt et non d'une vente) au débiteur, mais seulement dans la masse, car les conditions de la gestion d'affaires ne sont pas réunies.

Puisque la Chambre civile admet la faillite virtuelle, peut-être M. aurait-il pu soutenir qu'il s'agissait d'une avance faite à la masse. Le syndic aurait pu alors lui objecter que le débiteur en état de cessation de paiement n'avait certainement pas qualité pour la représenter.

Par contre, la Chambre des Requêtes dans son arrêt du 25 juillet 1893 (1) ne vit pas une gestion d'affaire dans la saisie conservatoire d'un bien du failli exercé par un des créanciers. Elle lui reconnaît le privilège des frais de justice. Le résultat est le même et les frais de saisie sont évidemment des frais de justice. Il eut cependant été préférable de voir dans le créancier un gérant d'affaire de la masse, car en matière de faillite, les seuls frais de justice sont les frais provoqués par le jugement déclaratif et la liquidation des biens. La masse n'a pas,

(1) Req., 25 juillet 1893, D. 1893.1.599.

en principe, besoin de saisir les biens du failli puisqu'elle est, de plano, investie de tous ses droits.

Nous avons déjà relevé la même erreur dans un jugement du Tribunal de commerce de Nantes du 28 mars 1903 (1) et dans un arrêt de la Cour d'appel de Chambéry du 15 mai 1882 (2).

Mais la gestion d'affaires de la masse la plus caractérisée fut soumise à la Cour d'appel de Dijon dans les circonstances suivantes :

La Société Autunoise d'ameublement, société anonyme administrée par les sieurs D... et C... fut admise au bénéfice de la liquidation judiciaire en 1902. Les deux administrateurs D... et C... qui exerçaient ensemble un commerce de banque furent déclarés personnellement en faillite quelques mois après. Le syndic demanda la jonction des deux masses. Or la société possédait un actif assez important, tandis que la banque n'en avait pratiquement aucun. Cette fusion était donc très préjudiciable aux créanciers de la société. Certains d'entre eux, par les soins d'un avocat-conseil, M^e Letort, demandèrent, et obtinrent, la disjonction des deux procédures, et le rétablissement de la liquidation judiciaire de la société.

Eprouvant des difficultés à se faire régler ses honoraires par les créanciers de la Société Autunoise d'ameublement personnellement, M^e Letort les demanda à la masse, soutenant qu'il avait utilement géré l'affaire de celle-ci, en lui sauvegardant toute la partie de son actif

(1) Trib. com. Nantes, 28 mars 1903, jugement précité, *Rec. Nantes*, 1903, I, 337.

(2) Chambéry, 15 mai 1882, *Journ. Faill.*, 1882, p. 595.

qui n'eut pas manqué d'être absorbée par la faillite de la banque.

Le Tribunal de commerce d'Autun repoussa la demande, mais la Cour d'appel de Dijon, par un arrêt du 17 juillet 1905 (1) réforma le jugement et décida que :

« Le litige consiste à savoir si M^e Letort bien que n'ayant prêté son concours qu'à certains des créanciers de la liquidation judiciaire de la Société Autunoise d'Ameublement, est en droit de réclamer à la dite liquidation judiciaire représentée par M. B... les honoraires afférents à ce concours. Attendu que la solution affirmative de la question découle de ce que par l'exercice de ce ministère, l'appelant Letort a géré l'affaire de la masse des créanciers de la dite liquidation et de ce qu'il l'a gérée utilement, ce double point trouvant sa démonstration dans les considérants de l'arrêt de 1902... Attendu que la demande de disjonction, demande accueillie par l'arrêt précité, affectait l'intérêt commun de la masse des créanciers de la dite société, et a constitué devant les deux degrés de juridiction la gestion de l'affaire de la masse. Attendu, relativement à l'utilité de la gestion, qu'il est à observer avec l'arrêt précité que la jonction aurait eu le résultat contraire à l'équité, d'enlever à cette masse une partie des garanties sur lesquelles elle avait légitimement compté en contractant, et cela en tant qu'elle aurait attribué aux créanciers de la banque D. et C. notoirement en déficit, un supplément d'actif provenant de la Société Autunoise d'Ameublement, supplément auquel ils n'étaient pas fondés à s'attendre en dehors de

(1) Dijon, 17 juillet 1905, D. 1907.2.369. Cf. Maurice PICARD, article précité, *Rev. trim. Dr. civ.*, 1921, p. 440,

ce qui pourrait revenir à D. et C. pour la valeur éventuelle de leurs actions de la Société après règlement. Que cette gestion a été l'œuvre bien moins des créanciers intervenants que de leur conseil M^e Letort et qu'il en est dérivé pour lui, contre la masse des créanciers de la liquidation judiciaire elle-même, l'action en paiement de ses honoraires.... »

Mais par une erreur de droit flagrante, l'arrêt prononça l'admission de Letort dans la masse pour le montant de ses honoraires. Letort, commettant la même erreur que la Cour, ne demandait pas autre chose, il s'ensuit donc une contradiction entre les motifs de l'arrêt et son dispositif. Ce n'est pourtant pas l'affaire du failli, mais bien celle de la masse que Letort avait gérée. L'arrêt aurait dû, dans ces conditions, repousser sa demande comme mal fondée, puisqu'elle n'était pas dirigée contre le véritable débiteur. Mais à cette époque la personnalité juridique de la masse n'était pas encore nettement dégagée, et quand une créance n'était pas privilégiée, on y voyait purement et simplement une créance chirographaire du failli, alors que dans l'espèce, il s'agissait d'une créance chirographaire de la masse.

Autrement l'utilité de la gestion d'affaires ne pouvait pas être contestée. On ne saurait même objecter à Letort qu'il n'avait pas agi uniquement dans le but d'être utile aux créanciers ou qu'il n'avait supporté aucun débours, car la direction du procès constituait l'exercice normal de sa profession.

Au contraire, si la personne qui se prétend gérant de l'affaire de la masse a agi, guidée par son intérêt personnel, l'action du « negotiorum gestor » doit lui être refusée, même si les actes ont été utiles à la masse.

Un jugement du Tribunal de commerce de Fécamp du 28 octobre 1931 (1) a fait application de cette distinction, pour rejeter la demande en remboursement de ses frais d'un créancier porteur d'un titre exécutoire, qui avait saisi des meubles appartenant à un commerçant, peu de temps avant sa mise en faillite, et sauvegardé ainsi une partie de l'actif que ce débiteur s'appropriait à faire disparaître. Il nous semble cependant, étant donné que la saisie avait eu lieu à un moment où le débiteur, notoirement en état de cessation de paiement, était menacé d'être déclaré sur-le-champ en faillite, que le créancier saisissant avait eu autant l'intention de sauvegarder l'actif de la masse que d'assurer son propre paiement. Le tribunal aurait pu du moins s'inspirer des décisions précédentes en cette matière, que nous avons relatées, et déclarer que le saisissant avait conservé le patrimoine de la masse, et qu'il était devenu de ce fait créancier de celle-ci, et même créancier privilégié en vertu de l'article 2101, § 3, pour le montant des frais de saisie, ce qui lui aurait été encore plus avantageux.

L'article 528 du Code de commerce prévoit expressément le remboursement dans le cas où une faillite close pour insuffisance d'actif serait rouverte grâce à un des créanciers (2).

Si l'action de gestion d'affaires et l'action des frais faits pour la conservation de la chose ont souvent le même domaine, elles n'en obéissent pas moins à des conditions d'exercice assez différentes. La seconde notamment n'exige pas que le créancier ait eu l'intention d'être utile

(1) Trib. com. Fécamp, 28 octobre 1931, *Gaz. Pal.*, 1932, I, 65.

(2) Cf. PERCELOU, *op. cit.*, II, n° 1491.

au propriétaire de l'objet conservé. Il suffit, qu'en fait, il l'ait conservé.

En pratique il sera souvent difficile de distinguer entre le créancier privilégié du failli pour frais de conservation, le créancier chirographaire de la masse pour gestion d'affaires, et le créancier privilégié de la masse pour frais de conservation. La question est de la plus haute importance dans le cas où l'objet du privilège aurait disparu. A qui devrait être réclamée la créance ? Il y a là une question de fait que les tribunaux résoudront en tenant compte de la nature de l'acte et de la date à laquelle il aura été accompli.

SECTION II. — L'ENRICHISSEMENT SANS CAUSE (1)

« Nul ne doit s'enrichir aux dépens d'autrui sans cause légitime ».

Ce principe dont un célèbre arrêt de la Cour de Cassation (1) a fait une règle de droit positif, oblige également la masse.

(1) Consulter MAZEAUD, article précité ; GOMBEAUX, article précité, PERCEROU, *op. cit.*, II, n° 1159 bis ; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, VII, n° 752 ; DEMOGUE, *op. cit.*, III, n° 141 ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, II, n° 238.

(2) Req., 15 juin 1892, D. 1892.1.596, S. 1893.1.281.

Et sur l'enrichissement : Bordeaux, 7 août 1900, *Rec. Bordeaux* 1901.1.51 et la note ; Req., 20 déc. 1910, S. 1912.1.305, note NAQUET, D. 1911.1.177, note PLANIOL ; Rouen, 25 juin 1904, D. 1906.2.191.

Sur l'appauvrissement : Lyon, 11 janv. 1906, S. 1906.2.235 ; D. 1906.2.132 ; Trib. civ. Seine, 11 mars 1910, *Gaz. Trib.*, 1910.II.2.145 ; Req., 9 fév. 1914, D. 1914.1.220 ; Montpellier, 6 nov. 1912, *id.* en note.

Sur le lien de causalité directe : Req., 7 fév. 1905, S. 1907.1.453 ; Civ., 13 nov. 1912, *Gaz. Pal.* 1912.2.548.

Sur l'absence de cause juridique : Paris, 26 juin 1899, S. 1901.2.

Les conditions d'exercice de l'action fondée sur l'enrichissement injuste sont aujourd'hui bien précisées : appauvrissement du créancier prétendu ; enrichissement sans motif juridique du débiteur supposé ; l'enrichissement de l'un est la conséquence directe de l'appauvrissement de l'autre ; le créancier n'a pas d'autre action efficace pour obtenir son dédommagement, ou, du moins, ne l'a pas laissé perdre par sa négligence. Ce que l'on exprime en disant que l'action « de in rem verso » est subsidiaire.

Appliquées à la masse de la faillite la première et les deux dernières de ces conditions ne présentent pas de difficultés. Au contraire, distinguer l'enrichissement procuré au failli de celui retiré par la masse, et dans ce dernier cas, préciser, s'il avait ou non une cause juridique, a donné lieu à un certain nombre de litiges tranchés par les tribunaux.

Le Tribunal Civil de Bordeaux fut le premier à reconnaître la masse débitrice, en raison d'un enrichissement sans cause, avant même que la Cour de cassation posât le principe de cette théorie juridique.

Le sieur Bucher avait cédé aux sieurs Baysselance et Cazalet une assurance sur la vie contractée à son profit, et pour laquelle il avait déjà payé quinze primes trimestrielles. Les cessionnaires en payèrent à leur tour quatre

167 ; D. 1900.2.154 ; Civ., 9 nov. 1909, S. 1912.1.308 ; Lyon, 11 janv. 1906, D. 1906.2.132, note RIPERT ; Cass. Belgique, 27 mai 1909, Pas. 1909.1.272 ; Req., 21 juill. 1903, S. 1904.1.21.

Sur le caractère subsidiaire de cette action : Rennes, 29 mars 1909, Rec. Rennes, 1909, p. 43 ; Civ., 12 mai 1914, S. 1918-19.1.441 ; Civ., 2 mars 1915, D. 1920.1.102 ; Req., 21 nov. 1917, S. 1920.1.293.

Sur les effets de cette action : Civ., 26 oct. 1910, S. 1913.1.13.

puis Bucher étant tombé en faillite, le syndic fit annuler la cession comme intervenue pendant la période suspecte, et résilia la police. La compagnie lui remit alors un capital proportionnel au nombre des années courues et qui fut fixé à la somme de 2.899 francs. Baysselance et Cazalet réclamèrent à la masse le remboursement des quatre primes payées par eux en se fondant sur la gestion d'affaires et subsidiairement sur l'enrichissement qu'elle en aurait injustement retiré. Le tribunal, par jugement du 1^{er} août 1890 (1), repoussa le premier moyen ; en effet les cessionnaires n'avaient pas eu l'intention d'être utiles à la masse mais de réaliser une spéculation, et accueillit le second. Car le paiement des quatre primes trimestriellement avait fait duré l'assurance une année de plus et avait donc augmenté proportionnellement le capital reçu par la masse. Et faisant un calcul d'une mathématique presque rigoureuse, le tribunal condamna la masse à payer à Baysselance et Cazalet les 4/19^{es} de 2.899 francs qu'il estima à la somme de 504 francs (en réalité 610 francs). Si l'on ne peut qu'applaudir au principe qui a dicté la décision, il faut faire toute réserve quant au mode de computation de l'enrichissement de la masse. En négligeant l'erreur de calcul qui s'est glissée dans le jugement, il faut bien dire que le tribunal a eu tort de considérer que le capital mis en réserve par la compagnie s'accroissait d'une somme égale chaque année, car le risque de l'assureur augmentant avec l'âge de l'assuré, les dernières primes représentent dans la somme versée une part proportionnellement plus grande que les premières. Et donc, en payant les primes de

(1) Trib. civ. Bordeaux, 1^{er} août 1890, *Rec. Bordeaux* 1890.285.

la quatrième année, Baysselance et Cazalet avaient procuré à la masse un enrichissement de plus du quart du capital recueilli. Pour faire un calcul exact, le tribunal aurait dû consulter les tables établies par les compagnies d'assurances.

Le Tribunal Civil de Belfort fut appelé également à connaître d'une action en enrichissement sans cause dirigée contre la masse. Une banque avait consenti une ouverture de crédit à un de ses clients. Ignorant sa faillite survenue par la suite, elle le laissa retirer des fonds dont il remit la majeure partie au syndic ; celui-ci les utilisa dans l'intérêt de la faillite. Apprenant la véritable situation de l'emprunter, la banque réclama son remboursement au syndic. Par jugement du 25 février 1897 (1), le tribunal repoussa la demande parce que, « si le failli reste après le jugement déclaratif capable de contracter de nouvelles obligations, elles ne sont pas opposables à la masse, et qu'en tout cas, la banque ne prouvait pas que le failli avait remis au syndic les espèces mêmes qu'il avait reçues d'elle ». Les deux motifs étaient aussi peu probants l'un que l'autre. La banque ne prétendait pas exercer l'action du contrat de prêt qui était en effet inopposable à la masse, mais l'action « de in rem verso », dont le tribunal a confondu les conditions d'exercice avec celles de l'action en revendication.

Peu importait que le failli ait remis à son syndic les espèces mêmes qu'il avait reçues de la banque ou d'autres, l'enrichissement retiré par la masse n'en était pas moins certain. C'est cette valeur, et non pas tels billets ou telles pièces que la banque lui réclamait.

(1) Trib. civ. Belfort, 25 fév. 1897, *Journ. Faill.*, 1897, p. 276.

Enfin la Chambre civile de la Cour de Cassation dans un arrêt du 5 février 1901 (1) appliqua expressément cette action à la masse. Le sieur L... avait formé avec le sieur F... une association en participation pour le commerce des vins, en vertu de laquelle il lui expédia une certaine quantité de marchandises. F... étant tombé en faillite, le syndic vendit les vins et prétendit n'admettre L... qu'en qualité de créancier dans la masse pour le paiement du prix fixé.

La Cour de Cassation se prononça en faveur de L... :
...« Attendu d'une part que les associations en participation ne constituent pas un être moral distinct de la personne des participants. Qu'en expédiant des vins à F..., L... n'a pas cessé d'en conserver la propriété, non seulement à l'égard de F... mais encore à l'égard des créanciers de celui-ci qui ne sauraient avoir sur cette marchandise plus de droit que leur débiteur. Que la réalisation des vins par le syndic ès qualités a profité directement à la masse des créanciers et que nul ne pouvant s'enrichir aux dépens des autres, celle-ci est tenue de la dette de remboursement comme l'aurait été le failli lui-même. »

Cette décision est particulièrement justifiée et répond complètement aux principes consacrés vingt ans plus tard par la loi du 24 juin 1921 qui a complété les articles 47 à 50 du Code de commerce (2).

L' « association en participation », en effet, si elle constitue bien une société commerciale, est cependant une société occulte. Elle ne fonctionne que dans les rapports

(1) Civ., 5 fév. 1901, D. 1902.141, *Journ. Faill.*, 1901, p. 145.

(2) Sur les associations en participation, consulter LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, II, n^o 1051 et s.

entre associés, elle n'a pas d'organe lui permettant d'avoir des relations juridiques personnelles avec les tiers, elle ne peut donc être regardée comme une personne morale: en conséquence, elle ne saurait être personnellement propriétaire, créancière, ni débitrice. Elle ne peut être personnellement déclarée en faillite ni admise à la liquidation judiciaire (1).

Quand des marchandises lui sont fournies par un tiers, seul le commerçant qui a traité est obligé. Quand elles sont fournies par l'associé occulte elles n'en restent pas moins sa propriété, car la société ne peut fonctionner qu'après leur vente pour la répartition des bénéfices ou des pertes. (C'est cette participation aux pertes du commerçant chargé de vendre les marchandises qui distingue l'association en participation du simple contrat de commissions). Et donc, si le syndic de la faillite du commerçant chargé de la vente a réalisé les marchandises livrées dans ces conditions, il se trouve avoir vendu la chose d'autrui, et la masse n'en saurait conserver le prix, sans en retirer un enrichissement injuste.

Une nouvelle affaire qui fut l'objet d'une demande semblable fut soumise quelques années plus tard à la Chambre des Requêtes : la maison Stuart-Bankhard, avait reçu de la maison Gicquian et C^{ie} différents envois de sucre raffiné dont elle fit la sortie de douane en payant 102.672 fr. 65 de droits. G. et C^{ie} devait la couvrir immédiatement de cette avance, mais ils restèrent redevables envers elle de la somme de 19.600 fr. 75. S. B. les

(1) Voir en ce sens : Trib. com. Seine, 19 mai 1899, *La Loi* du 10 juillet 1899 et Cass., 9 février 1903, *Journal des Sociétés*, 1904, p. 55.

assigna en justice. Entre-temps la Société G. et C^{ie} fut mise en liquidation amiable. S. B. demanda alors à être payé par préférence en qualité de créancier de la masse, parce qu'il avait, soutenait-il, enrichi cette dernière, en payant des droits pour le recouvrement desquels l'administration des douanes avait un privilège sur les marchandises importées. S'il ne les avait pas payés, la masse n'aurait donc trouvé qu'un actif diminué de leur montant. Le liquidateur ne voulut admettre sa créance qu'à titre chirographaire parce que, en payant les droits, il n'aurait pas agi comme mandataire de la masse, mais comme mandataire du failli, en exécution du contrat verbal intervenu entre eux.

La Cour d'appel d'Alger adopta la thèse du liquidateur et sur pourvoi, la Chambre des Requêtes par un arrêt du 8 février 1909 (1) rendu sur les conclusions conformes de son rapporteur, M. le Conseiller Duboin, qui avait fait remarquer que le nœud de l'affaire était le point de savoir si, S. B. avait payé des droits de douane en exécution du marché, dans ce cas il ne pouvait prétendre à l'action « de in rem verso », ou sans y être juridiquement obligé, décida : « Que dans ces conditions, l'arrêt attaqué a, avec raison, décidé que la maxime « Nul ne peut s'enrichir aux dépens d'autrui » était sans application dans l'espèce parce que S. B. n'a fait que remplir une obligation qu'il avait contractée vis-à-vis de son mandant, qu'il était ainsi dans une situation identique à celle des autres créanciers de la dite société et ne pouvait se prévaloir d'aucun droit de préférence. »

(1) Req., 8 fév. 1909, S. 1911.1.313, *Gaz. Pal.* 1909, II, 345 ; *Journ. Faill.*, 1909, p. 297.

Nous pensons qu'en effet dans cette espèce, le destinataire ne pouvait exercer l'action « de in rem verso » contre la masse. D'abord parce que même en supposant un instant avec lui, qu'il n'était pas obligé, aux termes de son contrat, de faire l'avance des droits de douane, il n'avait pas enrichi la masse, mais le failli.

Pour qu'il y ait enrichissement de nature à obliger la masse « quasi ex contractu » il faut lui avoir procuré un droit, ou d'une façon plus générale une valeur qu'elle n'a pas trouvée dans le patrimoine du failli.

Si l'enrichissement a été procuré au failli, il est bien certain que la masse en bénéficiera le jour où elle sera investie du patrimoine de celui-ci, mais elle en profitera comme de toutes les valeurs fournies par des tiers à la suite de n'importe quel contrat. Elle est tenue de respecter l'obligation du failli, quelle qu'en soit l'origine, mais en accordant au créancier une part d'associé et pas autre chose, car la situation de celui-ci n'est pas différente de celle qu'il pourrait avoir s'il avait contracté avec le failli, sans recevoir la prestation qui lui était due.

Et donc, en matière d'enrichissement sans cause, comme en matière de contrat, le seul critérium qui permette de distinguer d'une façon certaine l'enrichissement procuré à la masse de celui assuré au failli, sera la date.

L'avantage est-il antérieur au jugement déclaratif ou plutôt à la cessation des paiements ? Il y a enrichissement du failli et donc créance dans la masse. S. B. pourrait, il est vrai, objecter que la créance de la douane était privilégiée sur les sucres importés et que, par conséquent, si la masse avait voulu en prendre livraison, elle aurait dû intégralement acquitter les droits comme il l'avait fait lui-même. En ne lui remboursant qu'en mon-

naie de dividende, un paiement qu'elle aurait dû effectuer complètement pour recueillir les mêmes avantages, la masse s'enrichirait injustement à son détriment de toute la différence. C'est incontestable. Mais alors intervient le motif retenu par la Chambre des Requêtes. La Cour d'appel avait constaté souverainement que le destinataire était obligé par le contrat de faire l'avance des droits de douane. Dans ces conditions l'enrichissement recueilli par la masse n'était pas sans cause. S. B. avait dû tenir compte de cette obligation et des risques qu'elle comportait en convenant du prix ; et d'autre part, il avait pour obtenir son remboursement l'action du contrat. Il ne pouvait donc invoquer l'action « de in rem verso » qui est purement subsidiaire.

Le Tribunal de commerce de Marseille, par jugement du 21 novembre 1912 (1), eut à juger une nouvelle affaire d'avance de droits de douane. Tuossi et Costa, négociants à Marseille, avaient importé, sous le régime de l'admission temporaire, une certaine quantité de blé. En vertu de la loi, ils avaient versé à la douane le montant des droits et avaient reçu un « acquit-à-caution » leur permettant de se les faire rembourser en cas de réexportation, dans un certain délai, des blés ou des produits avec eux fabriqués. Puis T... et C... vendirent ces blés à Morel et Mathieu, fabricants de pâtes alimentaires à Lyon, qui leur remboursèrent le montant du cautionnement et reçurent en échange les acquits-à-caution. Mais ceux-ci étant incessibles à l'égard de l'administration des douanes qui n'a à connaître que les premiers titulaires, il fut entendu qu'en cas de réexportation en temps voulu des pâtes

(1) Trib. com. Marseille, 21 nov. 1912, *Journ. Faill.*, 1913, p. 454.

fabriquées avec les blés, M... et M... renverraient à T... et C... les acquits-à-caution et que ceux-ci, après s'être fait rembourser les droits, en restitueraient le montant à M... et M... Entre-temps, T... et C... furent mis en liquidation judiciaire. M... et M... renvoyèrent les acquits-à-caution régularisés au liquidateur qui se fit bien rembourser les droits par la douane, mais prétendit ne les restituer qu'en monnaie de dividende, d'où le procès. Le tribunal rejeta les conclusions du liquidateur, en estimant qu'il avait accepté, au nom de la masse, le mandat de faire rembourser M... et M... C'était donner à une décision excellente une bien mauvaise raison. Il ne pouvait y avoir mandat, parce que le liquidateur faisait ce que les prétendus mandants n'auraient pu accomplir eux-mêmes. En réalité, la masse n'avait aucun droit sur les sommes consignées ; en les conservant, elle aurait réalisé un enrichissement injuste. M... et M... n'étaient pas en effet les créanciers du liquidé en vertu du contrat, mais directement de la douane en raison des acquits-à-caution dont ils étaient les cessionnaires. Le contrat imposait à T... et C..., non pas une obligation de payer, mais une obligation de faire que la masse ne pouvait pas n'exécuter qu'en partie, et qu'elle devait donc accomplir dans les mêmes conditions que le liquidé lui-même.

La Cour d'appel de Limoges, dans un arrêt du 15 mars 1920 (1) a décidé, à propos du droit de mutation pour succession, que le cohéritier du liquidé qui a payé ces droits pour la part incombant à ce dernier, est fondé à réclamer à la masse de la liquidation judiciaire le remboursement intégral de la somme versée. Elle réaliserait,

(1) Limoges, 15 mars 1920, *Journ. Faill.*, 1920, p. 168.

en effet, un enrichissement injuste en s'appropriant une succession, sans rendre ou en ne restituant qu'en partie les droits acquittés par un autre.

Mais pour que l'action « de in rem verso » soit recevable, il est nécessaire que toutes ses conditions d'exercice, et notamment la règle de subsidiarité, soient accomplies.

La Chambre civile, par un arrêt du 12 février 1923 (2), l'a rappelé dans les circonstances suivantes : Le sieur Marty, beau-père du sieur Miquel, avait fait élever sur un terrain appartenant à celui-ci une construction moderne à la place d'un bâtiment délabré qui s'y trouvait ; de telle sorte que l'ensemble qui avait été auparavant estimé 10.000 francs dans un inventaire, avait été vendu après faillite de Miquel plus de 19.000 francs. Marty, qui avait négligé de remplir les formalités de l'article 2103 C. civ. pour bénéficier du privilège prévu par ce texte, prétendait avoir enrichi injustement la masse. La Cour d'appel de Montpellier avait déclaré la demande recevable, mais la Cour de Cassation la repoussa parce que : « En l'absence de ces formalités (de l'art. 2103, § 4 et 5 C. civ.), il reste pour le remboursement de ses créances au rang de créancier chirographaire. Qu'en cas de faillite ou de liquidation judiciaire survenues postérieurement... il doit... subir la loi de la répartition proportionnelle... ; qu'il ne peut pas éluder cette loi en réclamant contre la masse de la faillite l'attribution de la plus-value par une demande fondée sur un prétendu enrichissement sans cause ; qu'en effet sa créance, née antérieurement à la

(1) Civ., 12 février 1923, *Gaz. Pal.*, 1923, I, 533, D. 1924.1.129, note ROUAST.

faillite, est comprise dans la masse ; que la plus-value acquise précédemment fait partie du gage commun, et que les autres créanciers ne sauraient être considérés comme bénéficiant d'un enrichissement sans cause légitime en recevant par la réalisation du gage le dividende qui doit leur revenir ».

La Cour de Cassation repousse la prétention de Marty pour deux raisons absolument déterminantes que nous avons déjà examiné dans son arrêt de 1909.

D'abord l'enrichissement étant antérieur à la faillite, a été procuré au failli et non à la masse. Celle-ci l'a trouvé dans son actif comme tous les autres éléments qui formaient le patrimoine de Miquel.

Puis le créancier avait une autre action garantie par un privilège pour se faire rembourser. Il a laissé perdre le privilège par sa négligence, il ne peut pas le retrouver par une voie indirecte. L'action de « in rem verso » est purement subsidiaire, elle ne saurait servir à tourner les dispositions de la loi (1).

Pour les mêmes raisons, la Cour d'appel de Montpellier a jugé le 12 mai 1923 (2), que la victime d'un vol commis par le débiteur avant sa faillite ne peut invoquer un prétendu enrichissement réalisé par la masse, et est simple créancier du failli, associé dans ce groupement.

Nouveau rejet d'une demande en indemnité pour enrichissement sans cause, par la Chambre des Requêtes, le 21 juillet 1924 (3), dans les circonstances suivantes :

(1) Cf. article précité de M. H. MAZEAUD, D. H. 1935, Chron., p. 5.

(2) Montpellier, 12 mai 1923, *Moniteur jud. Midi*, juill. 1923.

(3) Req., 21 juillet 1924, *Journ. Faill.*, 1924, p. 177.

Le sieur G... avait acheté pour le compte de M. B. et C^{ie} différents immeubles sur le prix desquels il avait touché des acomptes transmis au vendeur. Puis, il fut déclaré en faillite. La date de la cessation des paiements ayant été reportée, le syndic obtint l'annulation de la vente et de la déclaration de command. M. B. et C^{ie} prétendirent récupérer leurs acomptes sur la masse parce qu'il l'aurait enrichie sans motif juridique.

La Cour de Cassation leur donna tort parce que, dans de telles circonstances : « Ce tiers n'est pas fondé à se prétendre créancier de la masse sur le montant des sommes par lui payées, celles-ci n'ayant pas été versées au failli, mais à ses vendeurs, et ne se retrouvant pas dans le patrimoine du failli bénéficiaire seulement du prix d'adjudication des immeubles. Il n'a que les droits qu'il tient de sa subrogation dans le privilège du vendeur originaire sur le prix de l'adjudication et si ce prix est insuffisant pour le couvrir, il n'a d'autre ressource que de produire à la faillite et d'y venir au marc le franc. »

Nous ne comprenons pas les motifs de la décision de la Cour suprême. La déclaration de command et la vente étant annulées, comment la masse pouvait-elle conserver les avances des mandants qu'elle n'a certainement pas manqué de se faire restituer par les vendeurs ? Cette somme figurerait sans cause juridique dans son patrimoine. Il y aurait lieu à répétition de l'indu. Et si le syndic avait fait simplement annuler la déclaration de command et conservé les immeubles achetés pour les revendre au profit de la masse, les avances venant en diminution du prix payé auraient d'autant enrichi la masse et sans la moindre cause.

Le Tribunal de commerce de Roanne fit une applica-

tion intéressante de cette action dans une nouvelle affaire d'avances faites à un commerçant en faillite : Le sieur Muzelle, bien que déclaré en faillite, remit à la succursale de Roanne de la Banque Nationale de Crédit, différents effets de commerce qu'il détenait en raison d'affaires antérieures. La banque, ignorant sa situation, les lui escompta pour une somme de 7.000 francs. Le syndic, apprenant l'opération, exigea de la banque la restitution des effets indûment remis par le failli, et de ce dernier le versement des 7.000 francs qu'il avait reçus. La banque s'inclina. Le failli, sorti de prison, rendit également 5.300 francs au syndic, en justifiant de l'emploi des 1.700 francs manquants par quelques paiements dont le syndic obtint le rapport. La banque intenta alors contre la masse, l'action « de in rem verso », demandant à être dédommée dans la mesure de l'enrichissement de celle-ci, soit pour les 5.300 francs versés par le failli au syndic, plus les sommes dont celui-ci obtint restitution des créanciers indûment payés.

Un jugement du 2 juillet 1924 (1), lui donna raison en ces termes :

« Attendu que l'action de la B. N. C. est dirigée contre le syndic représentant la masse ; qu'elle tend, d'autre part, à la restitution totale de la somme sans soumission à la loi du dividende.

« Que cette action ne peut se baser sur un droit privilégié quelconque, les privilèges étant de droit étroit ; qu'elle ne peut non plus constituer une action en revendication, car elle a pour objet non un corps certain ou des marchandises, mais une créance de somme d'argent ;

(1) Trib. com. Roanne, 2 juillet 1924, *Gaz. Pal.* 1924.2.575.

qu'il reste à rechercher si, comme le soutient la B. N. C., il peut s'agir d'une action « de in rem verso ».

« Attendu qu'il est reconnu que cette dernière action est la sanction de la règle d'équité qu'il n'est pas permis de s'enrichir sans cause légitime au détriment d'autrui, et qu'elle doit être admise, dans tous les cas où le patrimoine d'une personne se trouvant effectivement enrichie sans cause au détriment de celui d'une autre, cette dernière ne pourrait invoquer, pour obtenir ce qui lui est dû, aucune action naissant d'un contrat ou d'un quasi-contrat, d'un délit ou d'un quasi-délit... »

Cette décision, qui résume excellemment les conditions d'exercice de l'action « de in rem verso », a encore le mérite de souligner ce qui la sépare de l'action en revendication.

Le droit à indemnité de la B. N. C. ne pouvait pas être contesté. En effet, la perte qu'elle avait subie et l'enrichissement retiré de ce fait par la masse, résultait de ce que le syndic possédait à la fois l'argent et les effets remis à l'escompte.

Le dernier exemple que nous fournit la jurisprudence avait trait à la difficulté, déjà étudiée à propos de l'arrêt de la Chambre des Requêtes du 8 février 1909, de distinguer l'enrichissement procuré à la masse de celui retiré par le failli. Les faits se présentaient ainsi :

Les consorts Hocedez avaient consenti à Robert, acquéreur de leur industrie de brasseurs, le bail de divers locaux où s'exploitait, moyennant redevances, plusieurs débits de la bière fabriquée par eux. Robert, depuis en état de faillite avait lui-même sous-loué des locaux à Turck.

La résiliation du bail demandée par les consorts H... le 6 septembre 1922, fut prononcée le 3 mai 1924, et déclarée opposable à T..., malgré les prétentions contraires de celui-ci, par un nouveau jugement définitif du 23 février 1925. T... avait perçu de mars 1922 à juin 1924 les redevances dues par les débiteurs de bière, et les consorts H... en réclamèrent le remboursement. T... ne nia pas le principe de sa dette ; seulement, mis en liquidation judiciaire en 1926, il offrit, d'accord avec le liquidateur, une admission dans la masse. Les consorts H... actionnèrent cette dernière, et la Cour d'appel de Douai leur donna gain de cause en arguant que « pas plus que T... la masse des créanciers de sa liquidation ne pouvait conserver les redevances versées par les cabaretiers, puisqu'il y aurait enrichissement injuste au détriment des consorts H... ».

Mais sur pourvoi, la Chambre civile cassa sa décision, par un arrêt du 20 mai 1930 (1), en faisant remarquer « qu'en admettant que la créance des consorts H... fut née non du contrat de bail résilié, mais d'un enrichissement sans cause, elle était cependant antérieure à la mise en liquidation judiciaire de T... et par suite comprise dans la masse ».

Dans cette affaire, la Chambre civile appliqua le critérium d'antériorité que nous avons opposé à l'arrêt de 1909. Du moment que la dette d'un commerçant est devenue définitive avant sa déclaration de faillite, peu importe son origine ; elle ne peut conférer au créancier qu'une part d'associé dans la masse.

(1) Civ., 20 mai 1930, *Gaz. Pal.* 1930.II.151, *Journ. Faill.*, 1931, p. 61.

SECTION III. — LA RÉPÉTITION DE L'INDU (I)

L'action en répétition de l'indu n'est qu'une variante de l'action pour enrichissement sans cause. Elle s'en distingue en ce que l'enrichissement procuré au bénéficiaire est essentiellement volontaire. Le réclamant aura accompli au profit du défendeur une prestation dont il se croyait à tort débiteur. Ayant reconnu son erreur, il lui en réclamera le remboursement. Les articles 1376 et suivants et 1235 du Code civil lui en reconnaissent formellement le droit et réglementent l'étendue de la restitution suivant le degré de bonne foi de celui qui a reçu le paiement. Nous voyons donc que tous les éléments de l'action « de in rem verso » se retrouvent : appauvrissement du réclamant, enrichissement du tiers qui a reçu le paiement, absence de motifs juridiques puisque, par hypothèse, le paiement était erroné. Quant à la règle de la subsidiarité, elle ne peut pas s'appliquer, car il n'y a aucun lien de droit entre ceux qu'on est convenu d'appeler l'« accipiens » et le « solvens ».

C'est en étendant à toutes les causes d'enrichissement injuste, les principes du Code civil, que la jurisprudence a pu créer sa théorie de l'action « de in rem verso », et donc *a fortiori*, l'action en répétition de l'indu pourra-t-elle s'exercer contre la masse.

Trois situations pourront, dans ces conditions, se présenter :

(1) Consulter PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, VII, n^{os} 736 et s. ; DEMOGUE, *op. cit.*, III, n^{os} 85 et s. ; COLIN et CAPITANT, *op. cit.*, n^o 233 ; PERCEROU, *op. cit.*, II, n^o 1159 *bis* ; MAZEAUD, article précité ; GOMBEAUX, article précité.

Le paiement erroné aura été fait au failli avant le jugement déclaratif, mais le « solvens » ne s'en apercevra que postérieurement. Peut-il en réclamer le remboursement à la masse ? Certainement non. La dette de l'« accipiens » était définitive avant la faillite, comme toutes les autres, elle ne peut donner au créancier qu'une part dans la masse.

La Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 8 février 1928 (1), a décidé en ce sens que : « Le trésor public qui prétend obtenir d'une faillite le remboursement d'une somme qu'il aurait indûment payée au failli ne saurait invoquer sur cette somme aucun droit de préférence, non plus qu'agir par voie de revendication ; il n'est qu'un créancier ordinaire tenu d'exercer son droit à la restitution de la somme indûment payée, par voie de production au passif. »

Ou bien, le réclamant aura fait à la masse un paiement indû parce qu'il se croyait à tort son débiteur pour une cause postérieure à la faillite, par exemple, la masse ayant continué à exploiter le commerce du failli, il lui aura passé une commande. Croyant qu'elle lui avait été livrée, il en aura versé le prix au syndic ; mais il n'en était rien. Dans une telle hypothèse, aucun doute n'est encore possible ; le réclamant peut à bon droit exercer l'action en répétition contre la masse. C'est là une solution d'évidence, à telle point qu'il n'existe aucune décision jurisprudentielle sur la question.

Mais, une situation intermédiaire pourra se présenter en fait : Le « solvens » se croyait à tort débiteur du failli,

(1) Req., 8 fév. 1928, *Journ. Faill.*, 1928, p. 90.

pour une cause antérieure à la faillite. En raison du dessaisissement, il effectue son paiement entre les mains du syndic. Peut-il exercer son action en répétition contre la masse ?

Pour la lui refuser, M. Thaller (1) objecte que, se croyant débiteur du failli, il doit être simplement créancier dans la masse. S'il avait en effet payé, avant la déclaration de faillite, il ne serait, sans aucun doute, qu'un créancier ordinaire ; pourquoi lui assurer une situation meilleure, simplement parce qu'il aura attendu plus longtemps pour se libérer ? C'est accorder une prime à ceux qui tardent à remplir leurs engagements. Malgré la logique apparente de ce raisonnement, nous pensons avec M. Mazeaud (2), que le « solvens » a droit à l'action en répétition même dans une telle hypothèse ; non pas seulement parce que la lui refuser conduirait à tenir compte d'un lien contractuel qui n'existe pas, mais aussi parce que, pour décider si l'action en répétition de l'indu et plus généralement l'action en indemnité pour enrichissement sans cause peut être intentée contre la masse, il faut, croyons-nous, se demander quelle a été l'influence de l'acte invoqué, sur l'actif de celle-ci.

A-t-il contribué à le grossir d'un droit ou d'une valeur que la masse n'a pas trouvés dans le patrimoine du failli, quand elle en a été investie ? Alors, sans le moindre doute, il y a enrichissement, de nature à obliger la masse.

Le droit ou la valeur qu'il a procurés étaient-ils déjà acquis au failli le jour du jugement déclaratif ? La masse

(1) THALLER, *Créancier de la masse et créancier dans la masse*, article précité *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1881, p. 655.

(2) H. MAZEAUD, *Les obligations extracontractuelles de la masse*, article précité, *Rev. crit. législ. et jurispr.*, 1926, p. 126.

n'est pas obligée, en tant que personne morale indépendante. Ici encore tout se ramène à une question de date. Il faut, mais il suffit, que la masse ait personnellement reçu la prestation, et donc si le paiement indu a été accompli avant la déclaration de faillite, le réclamant est créancier dans la masse ; s'il a été effectué plus tard, le réclamant est créancier de la masse. Et l'intention qui animait le « solvens » reste sans influence sur la nature et sur la qualité de son droit. Cela nous paraît d'autant plus nécessaire que, dans l'hypothèse très voisine où un banquier consent, en exécution d'un accord antérieur, à un commerçant dont il ignorait la faillite, une avance qui profite à la masse, nous avons admis sans difficulté que le prêteur est créancier de celle-ci dans la mesure de son profit.

Et pourtant l'ouverture de crédit, cause juridique de la vente, était antérieure à la faillite, et le banquier ignorait qu'elle fut devenue caduque. S'il avait versé les fonds avant la déclaration de faillite, il est hors de doute que le banquier eut été simple créancier dans la masse. Le syndic pourrait-il, dans l'hypothèse contraire, lui refuser la qualité de créancier de la masse ? La jurisprudence, nous l'avons vu, ne l'a pas admis.

La Cour de Cassation, dans un très vieil arrêt de sa chambre civile, du 2 janvier 1849 (1), accorda l'action en répétition d'un paiement fait à la masse pour une cause antérieure à la faillite. Sarrassaint et Arnal s'étaient associés pour exploiter un fonds de commerce de teinturerie. Par décision du Tribunal de commerce de Lyon du 19 août 1845, la société fut dissoute et S... nommé

(1) Civ., 2 janv. 1849, D. 1849.1.85, S. 1849.1.176.

liquidateur. Le fonds fut mis en vente le 9 décembre suivant, et S... s'en porta acquéreur pour la somme de 10.250 francs, dont il s'engagea à payer la moitié, part sociale de A..., entre les mains du notaire chargé de la licitation. Le 23 février 1846, A... est déclaré en faillite, la vérification et l'affirmation des créances eurent lieu, et, le 29 avril, S... paya au syndic 2.500 francs à valoir sur la part de A... Un concordat fut accordé à celui-ci et homologué le 26 mai. Le surlendemain, S... remit au syndic de A... son compte de liquidation aux termes duquel le passif de la société réduisait l'actif de la liquidation, de 10.250 francs, prix de l'adjudication, à la somme de 1.231 fr. 52 et donc la part de A... à 615 fr. 75. En conséquence de quoi, non seulement S... se refusait à verser le complément réclamé par le syndic, mais il demandait à la masse de lui restituer la somme en trop perçue. Le syndic répondit que S... n'ayant pas produit sa créance à la faillite ne pouvait rien réclamer, et qu'en tout cas il devait au moins subir la réduction imposée par le concordat. S... objecta alors qu'il ne s'agissait pas d'une créance contre le failli, pour laquelle il aurait dû produire à la faillite et serait soumis à la loi du concordat, mais du résultat de la liquidation de la société ayant existé entre A... et lui ; qu'aux termes de l'article 1853 du Code civil chaque associé est tenu à une part proportionnelle dans le passif ; que l'actif de la société étant réduit à 1.231 fr. 52, la part de A... devait être ramenée à 615 fr. 75, et que par conséquent ayant versé à la masse de la faillite 1.884 fr. 25 de trop, il était en droit de répéter cette somme.

Le Tribunal de commerce de Lyon, puis la Cour d'appel, lui donnèrent tort, mais la Chambre civile se pro-

nonça en sa faveur : « Attendu... d'une part, que d'après le compte par lui établi, il ne devait rien sur le prix d'adjudication du fonds de commerce, et, de l'autre, qu'il avait payé par erreur au syndic de la faillite une somme dont il n'était pas débiteur, et qui était dès lors sujette à répétition aux termes de l'article 1235 du Code civil qu'en confirmant le jugement qui rejetait... l'arrêt attaqué... »

Pour que l'action en répétition puisse être exercée, il ne suffit pas que la prestation ne fut pas due, il faut encore que le réclamant se soit cru débiteur. Faute de cette erreur, le paiement reste sans doute indu, mais il n'est plus sans cause. Cette cause, en effet sera, soit l'intention de rendre service au bénéficiaire, soit l'espoir d'en retirer un avantage quelconque par la suite.

La question fut posée au Tribunal de commerce de Saint-Etienne dans les circonstances suivantes : un architecte, le sieur Malicot, avait consenti à un entrepreneur, le sieur Lavino, sous forme d'acceptation de traites, des avances qui dépassaient de beaucoup le montant des travaux qu'il avait commandés. L... étant mis en liquidation judiciaire, M... prétendit réclamer contre la masse les sommes qu'il avait versées en trop, le tribunal, par jugement du 23 mars 1928 (1), repoussa sa demande en déclarant que « M... ne peut s'en prendre qu'à lui-même si les paiements faits au liquidé judiciaire l'ont été sans objet. Que M... a commis une faute professionnelle flagrante en effectuant des versements dans ces conditions à l'entrepreneur ; que comme architecte, M... était mieux placé que quiconque pour évaluer le montant des travaux

(1) Trib. com. St-Etienne, 23 mars 1928, *Journ. Faill.*, 1929, p. 69.

exécutés par L... et vérifier ses états de situation avant la délivrance des acomptes. Qu'il semble bien que L... n'a pu faire face à ses engagements commerciaux qu'en recourant à des prêts obtenus de M... par l'acceptation de traites de complaisance et en se plaçant dans une certaine mesure, sous la dépendance complète du prêteur et en affectant à son profit au détriment des autres créanciers partie de son actif. Qu'il y a donc lieu de dire, que M... ne pourra produire au passif qu'à titre chirographaire pour le montant de sa créance ».

La décision est justifiée, mais les motifs en sont bien incertains. Il y avait une raison primordiale de repousser la demande de M... contre la masse de la liquidation de L..., c'est qu'il avait consenti ses avances avant la mise en liquidation judiciaire. L... ne fut-il pas déclaré en liquidation judiciaire, M... n'aurait pas pu davantage prétendre avoir fait un paiement indu, car il résultait de l'examen des faits qu'il avait volontairement accepté des traites de complaisance. F... n'ignorait donc pas qu'il n'était pas débiteur de M..., mais voulait lui procurer artificiellement du crédit. Si les traites venaient à être annulées, il n'avait aucun autre recours (1).

(1) Quoiqu'elle ne rentre pas complètement dans le cadre de notre étude, il est intéressant de rapprocher des diverses hypothèses d'enrichissement injuste procuré à la masse, celles où cette masse est actionnée en revendication par un tiers. En prenant possession du patrimoine du failli la masse trouvera presque toujours des biens qui auront été confiés à ce commerçant par des tiers, soit à titre de dépôt, soit en vue de les vendre. Elle ne saurait conserver ces objets sans réaliser un véritable enrichissement sans cause, aussi l'article 575 du Code de commerce a-t-il formellement réservé l'action en reven-

dication du propriétaire dans la faillite du dépositaire ou du commissionnaire. On est d'accord pour l'étendre au gage et au prêt à usage. D'une application courante cet article donne rarement lieu à difficultés (a).

L'action en revendication du vendeur de meubles impayés, a été purement et simplement supprimée en cas de faillite de l'acquéreur, quand les marchandises ont été livrées, par les articles 550 et 576 du Code de commerce, dans le but d'éviter qu'un commerçant en difficultés ne se procure un crédit apparent en faisant rentrer dans ses magasins de nombreuses marchandises qui seraient plus tard réclamées par les vendeurs.

Les vendeurs, et notamment les fabricants d'automobiles, dont la vente à crédit s'est beaucoup développée ces dernières années, ainsi que les compagnies d'assurances qui garantissent ce genre de risque, ont naturellement cherché de quelle façon ils pourraient tourner la loi. Ils tentèrent d'abord de transformer la vente à crédit en location-vente, mais les tribunaux déjouèrent rapidement ce moyen (b). Ils ont alors imaginé de substituer à la condition résolutoire supprimée par la loi, une condition suspensive. Au lieu de prévoir que la vente serait résolue faute de paiement, ils insérèrent une clause aux termes de laquelle la propriété de la voiture vendue n'était acquise à l'acheteur, qu'après paiement de la dernière échéance. Et ainsi, soutenaient les vendeurs, ayant conservé la propriété de l'objet vendu, nous pouvons le revendiquer conformément à l'article 575 du Code de commerce.

Les tribunaux ne se sont pas trompés sur le but poursuivi et dans leur immense majorité ils ont déclaré une telle clause inopposable à

(a) Voir cependant Civ., 4 fév. 1907, S. 1908.1.457, D. 1908.1.438 ; Paris, 24 févr. 1909, *Journ. Faill.*, 1909, p. 210 ; Paris, 25 mars 1909, *Journ. Faill.*, 1909, p. 341 ; Trib. com. Seine, 6 janv. 1906, *Journ. Faill.*, 1907, p. 309 ; Douai, 15 janv. et 12 mai 1927, *Recueil Douai*, 1927, pp. 102 et 264 ; Gand, précité, 17 nov. 1932, D. 1934.2.1, note Albert CHÉRON ; Trib. com. Grenoble, 30 déc. 1932, *Gaz. Pal.*, 1934, Somm., p. 57.

(b) Req., 17 juill. 1895, D. 1896.1.57 ; 29 juin 1902, D. 1902.1.96 ; Civ., 22 déc. 1909, D. 1910.1.63 et 1^{er} juill. 1925, *Gaz. Pal.*, 1925, II, 504.

la masse. Seuls, un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 19 mars 1931 (a) et un arrêt de 5^e Chambre de la Cour d'appel de Paris du 23 mai 1932 (b) ont décidé que cette clause ne faisait pas échec aux dispositions de l'article 550.

Tous les autres arrêts, au contraire, ont déclaré qu'ayant pour objet de tourner les dispositions d'ordre public de l'article 550, cette clause était inopposable à la masse. Nous ne citerons que les principaux d'entre eux (c).

La Chambre civile de la Cour de cassation, par deux arrêts des 28 mars et 22 octobre 1934 (d), vient de se prononcer dans le même sens, rendant ainsi définitive une jurisprudence qu'il convient, croyons-nous, d'approuver. En effet, l'intention de tourner une loi d'ordre public résulte de la clause suspensive elle-même, sans qu'il soit besoin de prouver autrement la fraude des parties comme l'exigeait la cinquième Chambre de la Cour d'appel de Paris, dans l'arrêt précité. Une telle clause ne peut avoir d'utilité aussi longtemps que l'acheteur est « in bonis » car le défaut de paiement permet de résoudre la vente et rien n'empêche le vendeur de revendre. L'acheteur vient-il à être mis en faillite, l'utilité de la clause est alors évidente puisqu'elle permettrait au vendeur de reprendre sa chose au détriment des autres créanciers. Ce que précisément le Code de commerce a voulu éviter.

Nous en terminerons sur ce sujet en rappelant la conclusion donnée à une autre clause bien connue et également déclarée nulle par la

(a) Rouen, 19 mars 1931, *Journ. Faill.*, 1931, p. 231.

(b) Paris (5^e Chambre), 23 mai 1932, *Journ. Trib. com.*, 1933, p. 722.

(c) Douai, 30 juillet 1896, *Gaz. Pal.* 1896, II, 660 et 3 déc. 1907, *Rec. Douai*, 1908, p. 169 ; Paris (3^e Chambre), 24 juin 1932, *Journ. Trib. com.*, 1933, p. 260 ; Douai, 6 mai 1932, *Rec. Douai*, 1932, p. 327 ; Cassation Belgique, 9 fév. 1934, D. H. 1934, p. 242 ; Colmar (Ch. détachée à Metz), 23 janv. 1934, D. H. 1934.242 ; Nîmes, 2 fév. 1934, *La Semaine juridique*, 1934, p. 381.

(d) Civ., 28 mars 1934, *Gaz. Pal.* 1934, I, 880, *Journ. Faill.*, 1934, p. 62, D. 1934.1.151 et 22 oct. 1934, D. H. 1934, p. 569, *Gaz. Pal.* 1934, II, 720, *Journ. Faill.*, 1934, p. 215, D. 1934.1.151 (note en sens contraire de M^{re} J. VANDAMME).

Cour de cassation : « elle est inutile quand elle serait valable, elle n'est valable quand elle serait utile. »

Les vendeurs à crédit insèrent souvent aussi dans le contrat une clause prévoyant la résolution de plein droit de la vente à défaut de paiement d'une seule échéance. Si le vendeur n'a pas eu le temps de rentrer en possession de l'objet vendu avant la déclaration de faillite de l'acheteur, pourra-t-il revendiquer contre la masse ? La jurisprudence l'y autorise (a) parce que, dit-elle, la réalisation de la condition a eu pour effet de rendre la propriété de la chose au vendeur avant qu'intervienne le jugement déclaratif. Le vendeur est donc à nouveau dans le champ d'application de l'article 575 du Code de commerce.

Il vaudrait mieux, croyons-nous, refuser l'action en revendication même dans ce cas. En effet, d'une part, si l'on admet qu'une clause du contrat peut faire sortir la chose vendue du patrimoine de l'acquéreur pourvu qu'elle joue avant la faillite, à plus forte raison devrait-on décider qu'elle peut l'empêcher d'y entrer, et de l'autre, la distinction que prétend faire la jurisprudence entre l'action en revendication qui serait recevable lorsque le revendiquant a retrouvé son droit de propriété avant la déclaration de faillite, et l'action en résolution, qui serait seule prohibée, ne repose sur aucun fondement.

Résolution et revendication sont soudées l'une à l'autre d'une façon indissociable parce que la seconde est la conséquence obligée de la première. Quand l'une disparaît, l'autre ne peut subsister. Il y a d'autant moins de différence entre la résolution en vertu du contrat, et la résolution judiciaire, que la loi fait résulter cette dernière d'une clause qu'elle suppose tacitement prévue par les parties.

Pour être logique avec elle-même, la jurisprudence devrait aussi recevoir l'action en revendication contre la masse quand la résiliation de la vente a été demandée en justice avant la déclaration de faillite. En raison de l'effet déclaratif du jugement la résolution a

(a) En ce sens, Civ., 17 juill. 1929, *Gaz. Pal.* 1929, II, 654 ; Douai, 17 oct. 1929, *Gaz. Pal.* 1929, II, 873 ; Lyon, 8 juil. 1931, *Gaz. Pal.* 1931, II, 321 ; Grenoble, 4 juil. 1932, *Gaz. Pal.* 1932, II, 843 ; Trib. civ. Bordeaux (Référés), 26 juil. 1933, *Rec. Bordeaux*, 1934, p. 229 ; Amiens, 26 juil. 1934, *Gaz. Pal.* 1934, II, 585 ; Paris, 22 octobre 1934, *Gaz. Pal.* 1934, II, 788, D. H. 1934, p. 508.

précédé la faillite et, seule, la revendication est exercée postérieurement. Cependant les tribunaux la repoussent généralement (a).

Pour refuser l'action en revendication fondée sur une clause de résiliation de plein droit de la vente, faute d'une échéance, il suffit de constater qu'elle aurait pour effet de priver les créanciers du failli d'une garantie sur laquelle ils étaient en droit de compter, et que, par conséquent, elle contrevient au but poursuivi par les dispositions d'ordre public des articles 550 et 576 du Code de commerce.

Si les meubles vendus ont été restitués pendant la période suspecte, il faut en conclure que le syndic pourra les réclamer au vendeur, en lui offrant son admission dans la masse pour le prix d'achat.

C'est ce qu'a décidé avec beaucoup de raison la Cour d'appel de Douai, dans un arrêt du 2 mars 1923 (b). Il est à souhaiter que cette décision reçoive la consécration de la Cour de cassation et fasse jurisprudence (c).

Le fondement des articles 550 et 576 étant le préjudice que causerait aux créanciers du failli la revendication, par le vendeur, de la chose livrée, il serait logique que la prohibition ne puisse être invoquée par les créanciers dont le droit est antérieur à la tradition de l'objet. Cependant, la jurisprudence se refuse avec raison à une telle distinction, tous les créanciers étant groupés dans la masse, il ne saurait être question d'opérer ventilation.

Ajoutons que la loi du 29 déc. 1934 (*Journ. Off.*, 1^{er} janvier 1935) vient de décider que les vendeurs à crédit d'automobiles seront considérés comme des créanciers gagistes et conserveront leur privilège au moyen d'une déclaration faite à la Préfecture qui aura délivré la carte grise. Cette déclaration sera mentionnée sur un registre à souches ; la radiation de la mention à la demande du vendeur promu

(a) En ce sens, Trib. com. Seine, 31 oct. 1934, *Gaz. Pal.* 1934, II, 979, qui déclare d'autre part inopposable à la masse la clause suspendant le transfert de la propriété.

(b) Douai, 2 mars 1933, *Rec. Douai*, 1933, p. 116.

(c) La Cour d'appel de Montpellier, par un arrêt du 29 janv. 1935, D. H. 1935, p. 205, vient cependant de se prononcer dans le sens opposé.

au rang de créancier gagiste pourra seul faire disparaître le privilège (a).

Mais cette loi est spéciale aux automobiles et le problème reste entier pour la vente à crédit de tous des autres objets mobiliers.

(a) Au sujet des critiques auxquelles peut donner lieu la loi nouvelle, voir l'article de M. Henri CAPITANT, *La vente à tempérament des automobiles*, D. H. 1935, *Chronique*, p. 9.

CHAPITRE II

Dettes issues d'un acte illicite de la masse ou de ses préposés (1)

On admet sans difficulté que les conventions conclues par le syndic obligent la masse. En matière contractuelle, il suffit, pour qu'une obligation soit valable, que l'obligé possède un patrimoine. L'élément volontaire qui donne naissance à cette obligation, peut émaner d'une autre personne agissant au nom du titulaire du patrimoine. Aux personnes physiques qui n'ont pas encore ou qui n'ont plus de volonté raisonnable : mineurs, aliénés, la loi substitue la volonté d'une autre : le tuteur, qui prendra soin de leurs droits. Aux personnes morales qui ne peuvent avoir, au sens strict, de volonté personnelle, la loi donne celle d'une personne physique qui gèrera leur patrimoine.

Plus contesté sera le point de savoir si la masse peut être tenue d'obligations délictuelles, aspect particulier,

(1) Consulter PERCEROU, *op. cit.*, II, n° 1160 ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, 5^e éd., n°s 559 et suiv. ; WAHL, *op. cit.*, n° 2572 ; LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, n° 1851 ; MAZEAUD, art. précité ; GOMBEAUX, art. précité ; DEMOGUE, *op. cit.*, III, n°s 341 et s. ; MICHOU, *De la personnalité morale*, 3^e éd., n°s 266 et suiv. ; SALEILLES, *De la personnalité juridique*, pp. 320 et suiv. ; LORNE, *De la responsabilité civile des personnes morales et de leurs représentants* thèse, Paris, 1910.

remarquons-le, d'un problème commun à toutes les personnes morales.

La responsabilité délictuelle repose en effet, tout au moins dans la conception classique, sur l'idée de faute, c'est-à-dire sur un fait volontaire qui a causé, intentionnellement ou par imprudence, préjudice à un tiers. L'élément intentionnel, la faute, apparaît lié, d'une façon tellement indissociable à l'exécution de l'obligation, qu'ou aurait peine à concevoir que la réparation fut accordée sur un patrimoine autre que sur celui de l'auteur du dommage.

Et dans ces conditions, écrit M. Michoud, « il y a lieu de se demander si les personnes morales peuvent commettre une faute, ou plus exactement, si l'on peut regarder comme provenant d'elles la faute commise par leur représentant ».

SECTION I. — LA MASSE PEUT-ELLE ETRE TENUE PAR DES OBLIGATIONS DÉLICTEUELLES

La masse doit-elle réparer les fautes commises par le syndic quand il gère son patrimoine ? Cela dépendra de la conception que l'on se fait de la nature juridique du lien qui unit le syndic à la masse.

§ 1^{er}. — *Le syndic est-il le mandataire de la masse ?*

Une première conception voit dans le syndic un mandataire de la masse, mandataire d'une nature particulière puisqu'il est nommé par le tribunal et non par le mandant, mais qui serait cependant soumis aux règles du mandat établies par le Code civil. Par conséquent, si

l'on adoptait une telle explication, le mandant, n'étant obligé que dans les limites du mandat par les actes du mandataire, ne saurait être responsable du préjudice causé à des tiers par celui-ci (à moins cependant que ses fonctions habituelles ne fassent rentrer le mandataire dans catégorie des préposés). Et donc la masse ne serait jamais tenue de réparer les fautes commises par le syndic dans l'exercice de ses fonctions.

On pourrait répondre, il est vrai, que sans doute la masse ne sera pas responsable de la faute qui constituerait une maladresse dans l'exécution (elle ne le sera pas davantage dans le système auquel nous nous rallierons), mais qu'elle le deviendra quand la faute résultera de l'acte, même correctement accompli, comme tout mandant qui aurait ordonné au mandataire un acte causant un préjudice injustifié à des tiers (et sous réserve de la responsabilité personnelle du mandataire qui aurait dû se refuser à exécuter le mandat).

Mais cette explication se heurte à une impossibilité. Pour être à bon droit considérée comme ayant donné un ordre fautif au syndic, il faudrait que la masse eut déjà une volonté.

Pas de faute sans volonté ! Or, lui permettre d'exprimer une volonté est précisément le rôle du syndic. On donne donc une solution au problème en le supposant déjà résolu.

C'est précisément cette absence de volonté, soit de la masse, soit des créanciers, qui rend l'idée même de mandat inacceptable dans les rapports entre masse et syndic. Le mandat est un acte juridique consensuel. Il suppose comme tout autre contrat, une offre du mandant et une acceptation du mandataire. Et si le syndic peut refuser

son poste, où est la volonté de la masse ? Comment pourrait-elle même exprimer sa volonté, puisque c'est dans ce but que l'on veut lui donner un mandataire. Aussi dit-on généralement que le syndic est un mandataire d'une nature spéciale. Un « mandataire de justice » (1). On ne peut reconnaître d'une façon plus explicite qu'il n'est pas du tout un mandataire. Quel singulier contrat de mandat, en effet, que celui dans lequel le mandant ne nommerait pas le mandataire, ne pourrait le révoquer et serait tout au plus appelé à donner sur son maintien en fonctions un avis qui ne lierait même pas l'auteur du soi-disant mandat.

L'article 532 du Code de commerce, nous nous en souvenons, décide cependant que les créanciers, au cours de l'union, « pourront donner mandat au syndic » de continuer l'exploitation de l'actif. On pourrait en conclure que malgré les différences qui en rendraient l'idée inacceptable, un mandat lie cependant la masse au syndic. Remarquons d'abord que, lorsque au cours de l'union, les créanciers délibèrent sur l'opportunité de continuer le commerce du failli, il s'agit d'une mesure exceptionnelle qu'ils sont libres de prendre ou de repousser. Et donc apparaît un élément de volonté qui rend moins insupportable l'idée du mandat. En réalité, l'article 532 ne se comprend qu'en le rapprochant de l'article 533. Ce dernier article, nous l'avons vu, rend les créanciers partisans de la continuation du commerce, cautions des opérations faites par le syndic. Ces créanciers agissent donc en une double qualité : ils décident

(1) Conf., en ce sens, Paris, 23 mars 1897, D. 1897.2.482 (note LACOUR), *Journ. Faill.*, 1898, p. 346.

la continuation du commerce en tant qu'organe délibérant de la masse, et, en leurs noms personnels, ils donnent bien un mandat au syndic, mais c'est le mandat de les constituer cautions des contrats qu'il passera en exécution de leur délibération (1).

L'article 532 n'a jamais voulu dire que le syndic est toujours le mandataire de la masse des créanciers, surtout à une période de la faillite où ils ne sont même pas appelés à délibérer sur la marche de la procédure. Il fait simplement allusion à ce mandat spécial.

§ 2. — *Le syndic est-il le préposé de la masse ?*

On a prétendu voir dans le syndic le préposé de la masse. Il serait une sorte d'employé supérieur donné à la masse par le tribunal, et dont celle-ci serait responsable, en qualité de commettante, aux termes de l'article 1384, § 4 C. civ.

Cette explication ne nous paraît pas plus valable que la précédente.

Le commettant doit pouvoir choisir son préposé, et surtout exercer sur lui une certaine autorité. Cette subordination est la véritable pierre de touche des rapports de commettants à préposés et par conséquent de la responsabilité de plein droit établie par l'article 1384 (2).

Or, la masse ne choisit pas le syndic. Il lui est imposé par le tribunal. Fut-il élu par l'assemblée des créanciers comme sous le régime du Code de commerce primitif, que ce ne serait pas encore un véritable choix. Car

(1) Cf. *supra*, p. 71.

(2) En ce sens, DEMOGUE, *op. cit.*, t. V, n^{os} 886 et 896 et Req. 20 fév. 1918, *Gaz. Trib.* 1918.1.60 et le rapport de M. le Conseiller FURBY.

l'assemblée des créanciers n'est pas la masse elle-même mais seulement un de ses organes. Le choisir serait une manifestation de volonté et cette volonté ne peut s'exprimer que par son intermédiaire. Là encore, on donnerait une solution au problème en le supposant déjà résolu.

La masse n'exerce pas davantage d'autorité ; le syndic ne lui est pas subordonné. C'est au juge-commissaire qu'il doit demander l'autorisation d'accomplir les actes qu'il juge utiles ou fournir des explications.

Voudrait-on ne pas tenir compte de ces différences ? La masse ne pourrait cependant pas être déclarée responsable des fautes du syndic. L'article 1384, dans son interprétation classique repose sur une présomption irréfragable de faute. Comment présumer la faute d'un être dénué de volonté ?

Aussi MM. Lyon-Caen et Renault, ainsi que M. Gombaux et M. Lorne, en concluent-ils « qu'on ne peut concevoir comment la masse des créanciers serait tenue d'obligations délictuelles ou quasi-délictuelles. »

Devons-nous en rester sur cette conclusion ? Outre qu'il serait peu moral, et dangereux du point de vue social, de laisser se dérouler une série d'opérations aussi complexes que la liquidation d'un commerce, sans que personne fût responsable du préjudice causé — car bien souvent l'acte dommageable ne constituera pas une faute à l'égard du syndic personnellement, parce que ses fonctions mêmes l'obligeaient à accomplir cet acte et qu'il eût peut-être au contraire commis une faute à l'égard de la masse en s'abstenant : tel sera le cas où il aurait vendu les objets appartenant en apparence au failli mais dont la propriété lui était contestée — comment admettre que la masse puisse être responsable de la faute

contractuelle qui résulte de la violation d'une convention passée en son nom par le syndic, si elle ne l'est pas de ses fautes délictuelles ?

On justifie cette différence en soutenant qu'appelée à bénéficier du contrat, la masse doit subir les conséquences de son inexécution. C'est également vrai du délit. La masse était tout autant destinée à profiter de l'acte qui a causé un préjudice au tiers.

Aussi, partant de cette idée que la masse est appelée à retirer l'avantage de tous les actes du syndic, quand il gère ses intérêts, bon nombre d'auteurs ont conclu qu'elle doit supporter les risques du dommage qu'il pourra causer au cours de son administration (1).

Cette explication est beaucoup plus acceptable. La fructueuse théorie du risque trouverait là une application bien naturelle, car il est incontestable que le syndic agit dans l'intérêt de la masse comme, d'une façon plus générale, tout agent d'exécution : conseil d'administration, gérant d'une société, président d'une association ou d'une fondation, dans l'intérêt de la personne morale qu'il représente ; et cela d'autant plus que la responsabilité du commettant pour le fait de son préposé, repose certainement bien davantage sur l'idée de risque que sur une présomption de faute, puisqu'il ne peut être reçu à prouver qu'il n'a commis ni mauvais choix, ni défaut de surveillance, ni que le préposé a transgressé ses instructions. Une telle justification a d'autre part l'avantage d'éliminer toute idée de faute et par conséquent de

(1) En ce sens, à l'égard de la masse : PERCEROU, II, n° 1150 *in fine*. Et pour les autres personnes morales en général : DEMOGUE, *op. cit.*, t. III, n° 350 et les références de jurisprudence qui s'y trouvent citées.

volonté, du fondement de la responsabilité. Or, c'est la difficulté d'admettre qu'une personne morale puisse avoir une volonté suffisamment personnelle qui a fait douter de sa responsabilité.

Cependant, elle ne nous semble pas pleinement satisfaisante. En effet, une fois admis le principe de la responsabilité du commettant, la théorie du risque justifie bien que cette responsabilité soit objective, qu'elle résulte du seul dommage causé, sans qu'il soit besoin de prouver, outre la faute de l'auteur matériel de l'acte délictueux, celle du commettant. Mais le seul profit que le commettant peut retirer de l'activité du préposé ne suffit pas à lui seul à expliquer la responsabilité du premier pour les fautes du second. Pour entraîner la responsabilité, il faut que le profit ait une « cause » juridique.

Supposons que l'auteur du délit et que le bénéficiaire éventuel de l'acte illicite soient indépendants l'un de l'autre, la victime pourrait-elle réclamer quoique ce fut à ce dernier, en lui déclarant que le coupable ayant eu l'intention de le gratifier d'un avantage par son acte malheureux, il doit réparer le dommage qui s'en est suivi ? Certainement non. Pour que le bénéficiaire éventuel fut obligé, il faudrait que l'avantage ne fût pas resté à l'état d'intention chez l'auteur de l'acte, mais fut déjà réalisé. Et encore, à la condition que le bénéfice fut la conséquence indéniable du dommage subi. Ainsi, en cas de gestion d'affaire, le maître n'est jamais responsable des fautes commises par le gérant au cours de son administration, tandis que le mandant est responsable de celles du mandataire dans la mesure où il pouvait le choisir et exercer son autorité sur lui. C'est en raison du contrat de travail conclu entre eux, et non pas seule-

ment, parce qu'il bénéficie, en fait, de ses services, que le commettant est responsable des fautes de son préposé. La convention qui les unissait préalablement est le support de la responsabilité fondée sur le risque. Or, il n'y a aucun lien juridique contractuel entre le syndic et la masse et il ne peut en exister, car la masse, sans le secours du syndic, n'est pas une personne civile complète, capable de passer des contrats. La théorie du risque peut donc être une justification morale de la responsabilité de la masse en raison des fautes commises par le syndic, elle n'en est pas un fondement juridique.

Le tort de toutes ces explications est de vouloir donner une base consensuelle aux rapports entre le syndic et la masse, alors que la volonté n'y a aucune part.

Pour en rendre compte exactement, il faut, croyons-nous, abandonner tout système fondé sur le Droit privé et recourir aux principes du Droit public.

§ 3. — *Le syndic est l'organe de la masse*

L'idée de personne morale s'est créée et développée en droit administratif. Il est donc logique d'emprunter à cette branche du Droit, les principes généraux qui permettront de résoudre les difficultés que suscite cette notion. C'est d'autant plus naturel pour la masse, que les règles de la faillite s'inspirent autant, sinon davantage, de l'intérêt général que de celui des créanciers.

La masse, avons-nous dit, au début de notre étude, possède un patrimoine, un organe délibérant, un organe de surveillance et un organe d'exécution. La masse, entité juridique, peut bien avoir un patrimoine personnel parce qu'il se compose de ces autres abstractions, qu'en sont les différents droits, mais quand elle veut

entrer en rapports avec d'autres patrimoines il lui faut recourir à des personnes physiques. Ces personnes physiques quand elles agissent dans le champ d'action que leur impartit la loi constituent ses organes.

L'organe délibérant de la masse : ce sont les créanciers réunis dans les conditions prévues par le Code de commerce ; l'organe de surveillance : ce sont les contrôleurs créés par la loi du 4 mars 1889 ; l'organe exécutif, c'est le syndic.

Le syndic est *l'organe* de la masse, tel est le principe qui doit nous permettre de résoudre les difficultés soulevées par la responsabilité délictuelle de celle-ci. Il agit en son nom, comme le maire au nom de la commune, le préfet au nom du département, le Président de la République au nom de l'Etat.

Quand il signe un contrat, c'est la masse qui l'a passé. Quand, dans les limites de ses fonctions, il cause un préjudice, c'est la masse qui a accompli l'acte délictueux. Dans la zone d'activité que lui a tracée la loi, *il est la masse*.

Dès lors plus n'est besoin de fonder la responsabilité délictuelle de la masse sur une interprétation extensive de l'article 1384. Il n'y a plus ni commettant ni préposé, mais un être juridique qui répond sur son patrimoine du dommage causé par sa faute à des tiers. *La faute du syndic est la faute de la masse*. Elle est soumise purement et simplement à l'article 1382.

C'est l'explication qu'en donne la majorité des auteurs qui ont consacré des études particulières aux personnes morales (1). On lui a reproché (2) d'être fautive en son

(1) Voir pour le principe général : DEMOGUE, *op. cit.*, III, n° 343 et références de jurisprudence ; MICHOD, *op. cit.*, n° 275 ; SALEIL-

principe, parce qu'elle résiderait dans une fiction : il n'y aurait jamais d'autre volonté que celle de l'agent, et, ce ne serait que par un effort considérable d'imagination que la volonté de l'agent pourrait être prise pour la volonté de la personne morale. Cette critique ne nous paraît pas justifiée. Il est évident que matériellement, c'est l'agent, et dans notre espèce le syndic, qui a commis la faute. Mais quand il gère le patrimoine de la masse, il se place au point de vue d'une personne physique dont le patrimoine serait celui de la masse. Il raisonne comme raisonnerait le possesseur de ce patrimoine, et donc psychologiquement, il est vrai de dire que sa volonté est celle de la masse, parce qu'elle est celle de toute personne raisonnable, ou si l'on préfère, du type abstrait du « bon père de famille », placée dans la situation de cette masse.

M. Michoud écrit à juste raison (1) : « Si la volonté de l'organe n'est que légalement et non naturellement la volonté de la personne morale, il n'en est pas moins vrai, comme nous l'avons déjà dit, que la loi en attribuant la volonté à cette dernière ne fait dans la plupart des cas que traduire la réalité en formules juridiques avec une très faible déformation. L'acte de l'organe sera inspiré par l'esprit de la collectivité au nom de laquelle il agit. Il sera fait d'autre part dans son intérêt. Il est donc à la fois naturel et équitable qu'il soit attribué à cette collectivité. Philosophiquement l'acte est bien l'œu-

LES, *op. cit.*, pp. 310 et suiv. — Et pour la Faillite : Notes de M. Albert CHÉRON, sous Gand, 17 nov. 1931, D. 1934.2.1, et de M. H. R., sous Poitiers, 19 nov. 1928, S. 1920.2.31.

(2) LORNE, thèse, Paris, 1910, p. 90.

(1) MICHOD, *op. cit.*, n° 274,

vre de l'organe, mais socialement c'est elle-même qui en est l'auteur. Et la loi en la reconnaissant pour telle n'introduit pas une fiction, elle se conforme à la pensée même de l'organe et de ceux qui l'entourent » (1).

SECTION II. — ETENDUE DE LA RESPONSABILITÉ DE LA MASSE

§ 1^{er}. — *Distinctions de l'organe du préposé*

Le syndic est l'organe de la masse, sa faute est la faute de la masse. Cela ne veut pas dire cependant que toutes ses fautes soient les fautes de la masse. Dans bien des circonstances, l'acte fautif et donc la responsabilité lui resteront personnels.

Avant de rechercher quelles sont ces circonstances, il importe de distinguer le syndic, organe de la masse, des préposés de celle-ci (2).

Pour continuer le commerce du failli, des employés, des ouvriers sont nécessaires à la masse. Ils travailleront à son service comme avant la faillite, à celui du commerçant. Ils sont ses *préposés*.

Organe et préposés se distinguent et par l'origine et par la nature de leurs fonctions. Le syndic fait partie intégrante de la masse. Il ne peut donc avoir de rapports

(1) Pour simplifier, nous n'avons parlé que de la faillite. Cette théorie s'applique évidemment aussi à la liquidation judiciaire. L'organe de la masse est alors, nous l'avons dit, constitué par le liquidé et le liquidateur, et parfois par le liquidé agissant seul en qualité de délégué de cette sorte de commission exécutive. Ce sont leurs fautes qui sont les fautes de la masse.

(2) Consulter en ce sens : DEMOGUE, *op. cit.*, III, 350 ; MICHOU, *op. cit.*, n^{os} 188 et 189 ; *Contra* : PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, I, n^c 501 ; LORNE, thèse précitée, pp. 84 et s.

juridiques avec elle puisqu'il contribue à la constituer, mais seulement avec les autres organes ; rapports juridiques qui ne dépendent pas de leur volonté mais sont réglés impérativement par la loi. L'organe est dans une situation « *statulaire* ». Les préposés, au contraire, sont dans une situation contractuelle. Extérieurs à la masse, ils ont pu conclure avec elle, par la bouche du syndic un contrat de travail.

La fonction est également différente : les préposés, sauf mandat spécial, n'accomplissent que des actes matériels. Le syndic fait principalement des actes juridiques. Son rôle matériel se limitera à la surveillance et à la direction des préposés qu'il a choisis. Cette dernière différence n'est cependant pas absolue. Dans les faillites très importantes le syndic chargera une personne, souvent le failli lui-même, d'assurer la bonne marche de l'affaire. Bien qu'il remplisse en fait, une partie des fonctions du syndic, il n'en restera pas moins un préposé parce qu'il est uni à la masse, par un lien contractuel (1).

(1) La Chambre civile, par arrêt du 11 juillet 1934, S. 1934.1.383, a décidé que : « Quand le Syndic charge le failli de l'aider à continuer la gestion du commerce il n'y a pas entre eux un contrat de louage de services, et qu'en conséquence le Conseil des Prudhommes est incompétent pour connaître d'une demande en dommages-intérêts pour résiliation abusive. »

La Cour de Cassation ne nous dit pas quelle est la nature de ce contrat. En tout cas, le failli n'en reste pas moins dans cette hypothèse le préposé de la masse qui est responsable de ses fautes, en vertu de l'article 1384 C. civ.

Au contraire, le liquidé judiciaire est l'organe et non pas le préposé de la masse, parce que sa gestion résulte de la volonté de la loi et non d'un accord intervenu entre lui et le liquidateur.

Il faut distinguer une troisième catégorie de serveurs de la masse : les mandataires, tels les avoués, avocats, et toutes personnes chargées par le syndic d'accomplir un acte juridique particulier. La masse n'est pas en principe responsable de leurs fautes. Au contraire, la masse est obligée de réparer les fautes de son organe et de ses préposés, mais sur des fondements juridiques différents.

Elle est responsable des fautes du syndic par application de l'article 1382, parce qu'elle constitue ses propres fautes. Elle est au contraire responsable des fautes de ses préposés comme tout autre commettant, en vertu de l'article 1384 § 4. Dans le premier cas il y a responsabilité directe, indirecte dans le second.

Ce n'est pas simplement là une question de mots ; à cette différence de fondement correspond une différence dans l'étendue de la responsabilité de la masse.

Le commettant est obligé à réparer les dommages causés par son préposé non seulement dans l'exercice de ses fonctions mais aussi à l'occasion de ses fonctions. Il suffira pour engager la responsabilité du commettant que le dommage n'eut pas pu se réaliser si l'auteur de l'acte n'avait pas été à son service, quand bien même cet acte ne devait lui être d'aucun profit ! Quand bien même il eut été accompli en dépit de ses ordres formels !

Si par exemple, le conducteur de la voiture de livraison blesse un passant au cours d'une tournée, il est certain que la masse sera responsable, mais si, ce conducteur emprunte le véhicule pour se promener, ou bien s'il passe par un chemin qu'on lui avait interdit de prendre en raison du danger qu'il présente, la masse n'en

séra pas moins responsable des accidents qui pourront survenir (1). Elle n'est au contraire obligée par les actes illicites du syndic que s'il les a accomplis dans l'exercice de ses fonctions. La raison en est simple : la volonté du syndic avons-nous dit, est la volonté de la masse parce qu'il agit dans son intérêt en se plaçant dans l'état d'esprit de toute personne raisonnable qui se trouverait dans la situation de la masse. Si, pendant qu'il

(1) Il convient aussi de distinguer entre le *préposé de la masse* engagé par le syndic au nom et dans l'intérêt de celle-ci, et le *préposé du syndic*, engagé par lui en son nom personnel et sous sa propre responsabilité, pour accomplir, en son lieu et place, les actes dont il se trouverait empêché.

Le Tribunal civil de la Seine a eu l'occasion de faire cette distinction dans les circonstances suivantes : REGNAULT avait loué à COUDRAY 3 machines à écrire. Celui-ci étant déclaré en faillite et L... nommé syndic, R... revendiqua les machines. Sur avis conformes du syndic et du failli, le juge-commissaire en autorisa la restitution. Quelques jours plus tard R... se présenta avec un employé du syndic dans les locaux de C... pour enlever les machines, et ils s'aperçurent qu'elles avaient disparu. Une enquête révéla que le concierge de l'immeuble, à qui le syndic avait confié les clefs, les avait remises à un inconnu sans lui demander de justifier de sa qualité et que cet individu avait emporté les machines.

Le loueur assigna alors personnellement le syndic en se fondant sur l'article 1929 C. civ. d'ailleurs inapplicable en l'espèce, et surtout sur l'article 1384 C. civ., parce que, d'après lui, le concierge était le préposé du syndic. Le Tribunal repoussa sa demande par jugement du 21 juin 1931 (*Gaz. Pal.*, 1931, II, 270), parce que le concierge n'était pas le préposé personnel du syndic, mais celui de la masse et que, d'autre part, le syndic n'avait commis, ès qualités, aucune faute en confiant, au nom de la masse, les clefs des locaux au concierge, qui se trouvait être la personne la plus qualifiée pour cela, et n'avait pas jusqu'alors donné lieu au moindre reproche.

Au contraire, si la faute avait été commise par un secrétaire du syndic, seul celui-ci en eût été responsable,

s'occupe des intérêts d'une faillite, le syndic se met soudain à agir dans un but autre que de la servir, il obéit à une impulsion personnelle. Sa volonté n'est plus celle de la masse, mais la volonté de M. X. syndic qui, à d'autres moments, fait profession de gérer les faillites et liquidations judiciaires.

L'acte du syndic n'est plus l'acte de la masse. Il s'en suivra donc que certains actes illicites qui, accomplis par un préposé engageraient la responsabilité de la masse, ne la mettront pas en jeu s'ils émanent de son organe. L'exemple classique est celui des voies de fait : qu'un employé blesse un client, la masse devra des dommages-intérêts à la victime. Que le syndic se livre aux mêmes excès, la masse ne sera évidemment pas obligée.

§ 2. — *Répartition de la responsabilité entre la masse et le syndic personnellement*

Et donc, lorsque le syndic aura causé préjudice à un tiers en faisant, au cours de sa gestion des intérêts de la masse, un acte qui ne constituait pas l'exercice normal de ses fonctions, il en sera seul responsable. La masse ne sera obligée ni directement, comme si l'acte illicite rentrait dans les fonctions du syndic, ni indirectement comme si la faute émanait d'un préposé.

Nous sommes ainsi conduits à faire une distinction entre la « faute personnelle » engageant la seule responsabilité du syndic, et la « faute de fonction » engageant celle de la masse (1). Distinction analogue à celle

(1) En ce sens, SALEILLES, *op. cit.*, p. 331 ; MICHOD, *op. cit.*, n° 275 ; *Contra*, PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, t. I, n° 501 ; LORNE, thèse précitée.

que fait le Droit public, quant à la discrimination de la responsabilité de l'administration et de celle du fonctionnaire, entre la faute de service et la faute personnelle.

S'il existe des points de ressemblance entre les deux situations, il ne faut pas cependant négliger les différences capitales qui les séparent.

Le Droit public distingue entre les deux catégories de fautes à l'égard de tous les agents de l'administration, qu'ils remplissent une fonction de préposé comme le secrétaire de mairie, ou une fonction d'organe comme le maire. Dans notre matière la distinction ne s'applique qu'aux fautes de l'organe. La masse est, au contraire, responsable de toutes les fautes de ses préposés.

Mais surtout le critérium de distinction est différent. Les juridictions administratives appliquent un critérium purement subjectif. Elles recherchent si, en accomplissant l'acte fautif, l'agent poursuivait un but personnel : faute personnelle, ou s'il a agi, ou a pu, à bon droit, croire qu'il agissait dans la limite de ses fonctions : faute de service.

Au contraire, pour déterminer s'il y a faute personnelle ou faute de fonction, la jurisprudence civile s'attache à un critérium tantôt objectif, tantôt subjectif.

A. Elle fait d'abord, nous l'avons vu, une première distinction d'après la nature de l'acte, et c'est ici l'application du critérium objectif, entre l'acte accompli à l'occasion de la fonction, mais qui ne rentrait pas dans l'exercice normal de cette fonction, et l'acte de fonction lui-même. Toute faute résultant d'un acte fait seulement à l'occasion de la fonction, constituera une faute personnelle n'engageant que la responsabilité personnelle du

syndic (elle engageait celle de la masse si elle émanait d'un préposé).

La Cour d'appel de Chambéry fut appelée à se prononcer dans les circonstances suivantes : un créancier régulièrement convoqué pour participer à la distribution d'un dividende, ne se présenta pas. Dix-huit mois passèrent, puis le curateur à sa succession vacante réclama ce dividende, mais entre temps, le syndic avait détourné les fonds. Le curateur prétendit alors en obtenir paiement de la masse. Un arrêt du 8 février 1892 (1) repoussa à juste raison cette demande parce que : « La masse n'est nullement responsable des détournements du syndic . »

En effet, bien que le syndic n'ait pu commettre son délit qu'à l'occasion de ses fonctions et grâce à elles, il est évident qu'un abus de confiance ne constitue pas un acte de sa fonction.

B. Si toute faute commise par le syndic, à l'occasion mais en dehors de ses fonctions, constitue nécessairement une faute personnelle dont la réparation n'incombera qu'à lui seul, toute faute résultant d'un acte de la fonction ne sera pas pour cela une faute de fonction à la charge de la masse.

L'acte de fonction qui aura nui à un tiers restera cependant une faute personnelle, dit la jurisprudence, dans deux hypothèses.

a) D'abord, si tout en restant dans la limite de ses fonctions, le syndic a agi dans une intention autre que de servir les intérêts de la masse. Il n'y aura plus en effet acte de fonction que d'une façon purement formelle. Psychologiquement, l'acte du syndic lui sera demeuré

(1) Chambéry, 8 fév. 1892, D. 1893.2.522.

personnel, il aura été accompli seulement à l'occasion de ses fonctions.

C'est ainsi que la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 25 mai 1883 (1), a condamné à supporter personnellement les dépens, un cosyndic pris parmi les créanciers du failli, qui avait engagé en cette qualité, « contre un des créanciers, un procès dans lequel il a agi principalement dans un but d'intérêt personnel, et où il avait persisté dans la voie de l'appel sans l'assistance des autres créanciers et contre l'avis de son cosyndic qui s'en est purement et simplement rapporté à justice ».

La Cour d'appel de Lyon, par un arrêt du 8 juillet 1893 (2), a condamné aussi personnellement aux dépens un syndic qui : « Dans un but absolument personnel », et pour échapper à une surveillance qui le gênait, s'était efforcé de faire rejeter la nomination de contrôleurs demandée par les créanciers et de lui substituer une mesure onéreuse pour la masse. Et sur pourvoi, la Chambre des Requêtes décida, dans un arrêt du 6 novembre 1895 (3) que : « c'est à bon droit qu'un syndic est condamné personnellement à supporter une part des dépens, lorsqu'il n'a plaidé que dans un but de soustraire ses propres actes au contrôle légitime des créanciers. »

Le Tribunal de commerce de la Seine enfin, se prononça dans des circonstances encore plus caractéristiques : un syndic avait intenté une action en nullité de la vente d'un fonds de commerce consentie par le failli, bien que la faillite fut démunie de tout actif, sur les

(1) Paris, 25 mai 1883, *Journ. Faill.*, 1884, p. 273.

(2) Lyon, 8 juil. 1893, D. 1894.2.257.

(3) Req., 6 nov. 1895, D. 1897.1.219.

instances d'un créancier, qui s'était engagé à payer les dépens en cas d'échec, puis se rétracta. Un jugement du 25 mai 1902 (1) condamna solidairement aux dépens le créancier et le syndic en déclarant que : « le syndic, quand l'actif de la faillite est nul, a le devoir de n'engager aucune dépense pour une faillite qu'il sait insolvable ; en agissant autrement, il excède son mandat (il sort de sa fonction, dirons-nous plutôt) et engage sa responsabilité personnelle. »

Dans tous les cas ainsi rapportés, les syndics avaient engagé des procès, ce qui entre en général dans les actes de leur fonction, mais dans leur intérêt personnel ou dans l'intérêt d'un tiers, et par conséquent, l'instance avait acquis le caractère d'acte personnel accompli à l'occasion de la fonction.

b) La seconde hypothèse dans laquelle la jurisprudence estime qu'une faute résultant d'un acte de fonction constitue une faute personnelle est celle où le syndic aurait, dans la limite de ses fonctions et avec l'intention de servir la masse, agi avec une maladresse telle qu'il aurait provoqué le dommage dont se plaint le réclamant. Elle justifie généralement la responsabilité personnelle du syndic dans ce cas, en déclarant que la faute, au delà d'un certain degré de gravité, dépasse la fonction pour atteindre l'homme.

Il est bien certain que la personnalité de la masse ne peut absorber celle du syndic au point de lui enlever la libre critique de ses actions. Comme tout homme doué d'une volonté saine, il doit répondre de ses fautes inexcusables. L'article 132 du Code de procédure civile, toujours

(1) Trib. com. Seine, 25 mai 1902, *Gaz. Pal.*, 1902, I, 797.

invoqué par les tribunaux, prévoit d'ailleurs expressément la responsabilité personnelle des « tuteurs, curateurs, héritiers bénéficiaires, ou autres administrateurs qui auront compromis les intérêts de leurs administrations. » Le syndic n'est pas, à proprement parler, un administrateur des biens d'autrui, ni moins encore le représentant d'un incapable, il est l'organe d'une société d'un genre particulier. Mais, représentant ou organe, l'esprit de la loi reste le même : au delà d'un certain degré de gravité, la faute de fonction devient celle de l'homme. Il appartiendra aux tribunaux de décider, dans chaque cas, si la faute est suffisamment grave pour engager la responsabilité du syndic. Ils se détermineront d'après le degré moyen d'attention que l'on est en droit d'exiger d'un homme exercé aux affaires. On retrouve ainsi l'application d'un critérium purement objectif. Les tribunaux pourront aussi, et en pratique ils le font fréquemment, partager la charge de l'indemnité entre la masse et le syndic, notamment lorsque l'acte fautif du syndic aura été d'un certain profit pour la masse. Il est juste alors qu'elle supporte une part de responsabilité proportionnelle au bénéfice retiré. Mais une partie devra toujours en être laissée à la charge du syndic (1), parce que sa faute ne peut rester sans aucune sanction (2).

(1) Quand la masse a dû ainsi supporter une partie de la réparation due à la victime de la faute du syndic, elle peut exercer contre lui une action récursoire selon le droit commun de l'article 1382 en prouvant que l'acte du syndic constituait une faute, non seulement envers la victime, mais aussi envers la masse. La seule difficulté est de savoir qui a qualité pour exercer cette action. Son étude sortirait de notre sujet.

(2) Conf. DEMOGUE, *op. cit.*, III, n° 353.

La jurisprudence a souvent fait application de ces principes pour condamner le syndic à réparer totalement ou en partie le dommage causé par un acte de sa fonction particulièrement maladroit.

La Chambre des Requêtes, par une série de 5 arrêts (1), approuva la condamnation des syndics à supporter les dépens de procès qu'ils avaient témérement engagés. De même encorè, la Cour d'appel de Caen (2), par un arrêt du 1^{er} août 1882, décida que : « Le syndic qui, dans le but unique de rendre l'affaire susceptible d'appel, a conclu à des dommages-intérêts sans cause, doit être personnellement condamné aux dépens s'il succombe en appel. »

Et dans le même sens, la Cour d'appel de Bordeaux, par un arrêt du 5 janvier 1903 (3), a estimé que : « la légèreté avec laquelle le syndic d'une faillite interjette un appel dont il ne cherche même pas à établir le bien-fondé est inexcusable, qu'en agissant ainsi, il commet une faute qui engage sa responsabilité personnelle à raison du dommage causé aux intimés, lequel est représenté par les frais qu'ils ont dû exposer en cause d'appel. »

Dans un autre ordre d'idées, la Cour d'appel d'Orléans, dans un arrêt du 2 août 1855, et sur pourvoi, la Chambre civile, par arrêt du 7 avril 1857 (4), ont jugé que :

(1) Req., 17 août 1853, S. 1854.1.277 ; 22 août 1871, D. 1871.1.228 ; 27 nov. 1893, D. 1894.1.243, *Journ. Faill.*, 1894, p. 289 ; 27 janv. 1904, S. 1904.1.334, *Journ. Faill.*, 1904, p. 299, et 15 avril 1908, S. 1909, I, 236.

(2) Caen, 1^{er} août 1882, *Journ. Faill.*, 1883, p. 88.

(3) Bordeaux, 5 janv. 1903, D. 1903.2.33, S. 1904.2.8.

(4) Civ., 7 avril 1857, D. 1857.1.171.

« les syndics, qui se sont maintenus en possession des lieux loués au failli, après l'expiration du bail et malgré la résistance du bailleur, peuvent être condamnés personnellement à des dommages-intérêts. » Il y avait faute grave au cours d'un acte de fonction.

De même encore, la Cour d'appel de Paris, dans un arrêt du 25 mai 1909 (1), vit une faute lourde dans la négligence d'un syndic qui n'avait pas mis en réserve, avant de distribuer un dividende aux créanciers du failli, les sommes nécessaires pour payer les créanciers de la masse. Le créancier était en l'espèce une compagnie d'assurance à qui étaient dues plusieurs primes et l'indemnité de résiliation. Là encore, il y avait une faute professionnelle très grave par omission d'un acte de fonction.

Le Tribunal civil de Lille condamna personnellement aux dépens un syndic qui n'avait pas entamé, cette fois, une action injustifiée, mais au contraire, avait rendu nécessaire, par sa négligence, une procédure coûteuse qu'il eut été facile d'éviter. Le sieur B., étant mis en liquidation judiciaire, sa femme obtint la séparation de biens. Un notaire fut commis pour procéder au partage de la communauté, et une sommation fut adressée au mari et au liquidateur d'avoir à assister aux opérations puis à leur clôture. B... vint chaque fois, mais le liquidateur s'abstint, de sorte que le mari ne pouvant approuver seul l'état liquidatif, force fut à la dame B... de l'assigner, ainsi que le liquidateur, en homologation de l'état dressé par le notaire. Le tribunal, dans un jugement du 1^{er} mai 1928 (1) prononça l'homologation

(1) Paris, 25 mai 1909, *Journ. Faill.*, 1910, p. 246.

(2) Trib. civ. Lille, 1^{er} mai 1928, *Gaz. Pal.*, 1928, II, 503.

demandée, mais condamna personnellement le liquidateur à tous les dépens parce que : « sa défaillance restait sans excuse et devait entraîner sa responsabilité. » Là encore, il y avait faute lourde du liquidateur qui n'avait pas accompli un acte de sa fonction.

Le syndic commet-il une faute personnelle quand il contracte au nom de la masse des engagements que celle-ci ne pourra tenir par la suite ? La question fut posée deux fois devant la Cour d'appel de Lyon dans les circonstances suivantes : une entreprise métallurgique lyonnaise, fut mise en liquidation judiciaire dans le courant de 1923. Le liquidateur judiciaire estima que la continuation de l'exploitation était plus avantageuse pour la masse que la vente des usines, et d'accord avec les contrôleurs nommés par les créanciers, et notamment avec des banquiers, déjà créanciers, qui lui assuraient une ouverture de crédit, il commanda les matières premières nécessaires et conserva le personnel. Mais les négociations pour le concordat, puis son homologation, traînèrent en longueur ; la crise économique s'aggrava, l'exploitation ainsi continuée était déficitaire. Un jour vint où les banquiers refusèrent l'escompte du papier de la liquidation, et réclamèrent le remboursement des avances déjà consenties. Le liquidateur ne pouvait y faire face non plus d'ailleurs qu'aux autres dettes. On se trouvait en présence d'une « *faillite de la liquidation* ». Les créanciers de la masse assignèrent alors personnellement le liquidateur, soutenant qu'il avait commis une faute lourde en contractant des engagements au nom de la masse sans être sûr que l'actif de celle-ci pourrait les remplir.

Le Tribunal de commerce de Lyon, par jugement du

3 mai 1932, repoussa la demande, et en appel la Cour, par un arrêt du 31 octobre suivant (1), confirma en disant : « Qu'un liquidateur judiciaire conscient des devoirs de sa charge ne doit autoriser des engagements vis-à-vis des tiers sans avoir la quasi-certitude que la caisse de la liquidation sera en mesure d'y faire honneur à l'échéance... que cette obligation morale, sauf le cas de dol ou de fraude, ne saurait être sanctionnée par une condamnation personnelle du liquidateur au paiement des effets par lui signés en cette qualité, pour autoriser la dette de ce chef. » Et la Cour de Lyon confirma cette jurisprudence par un nouvel arrêt conçu exactement dans les mêmes termes, du 12 avril 1933 (1), sur appel d'un jugement du Tribunal de commerce de Saint-Etienne.

Ces décisions doivent être approuvées. Si pour les personnes morales, comme pour les particuliers, ne pas prendre des engagements sans être absolument sûr de les tenir constitue une obligation morale certaine ; faillir à cette obligation ne saurait être considéré comme un manquement au droit positif. C'est là une sorte de « dolus bonus », et il appartient au cocontractant de prendre les renseignements nécessaires. La faute n'existant pas à l'égard de la masse, il ne pouvait être question de la faire rejaillir sur le liquidateur. D'autant plus qu'en l'espèce, les créanciers de la masse, se trouvant être aussi les contrôleurs de la liquidation, ne pouvaient ignorer sa situation.

c) Il n'y aura donc, à proprement parler, de « faute

(1) Lyon (2^e Ch.), 31 octobre 1932, et (3^e Ch.), 19 avril 1933, *Journ. Faill.*, 1933, p. 232. Voir les commentaires que consacre à ces arrêts M. RIGOT-MULLER (thèse précitée, Lyon, 1934), ainsi que le texte des jugements et arrêts.

de fonction » obligeant le patrimoine de la masse, que celle qui sera la conséquence d'un acte de la fonction du syndic, accompli dans des conditions raisonnables, et qui n'aura causé un dommage au tiers que par suite d'un concours de circonstances imprévisible pour une personne normalement prudente, ou bien au contraire, dont le caractère fautif sera sujet à discussion. C'est dire qu'ils seront moins fréquents que ceux que nous venons de rappeler.

La Cour d'appel de Nancy, dans un arrêt du 3 juillet 1895 (1), a considéré l'abus du droit de citation comme un délit de la masse, et a condamné celle-ci à des dommages-intérêts envers la partie gagnante à raison du préjudice que le procès lui avait fait subir.

La Cour d'appel de Bordeaux, dans un arrêt du 30 décembre 1901 (2) a, pour le même motif, condamné la masse d'une faillite à verser 5.000 francs de dommages-intérêts au gagnant d'un procès intenté en son nom par le syndic.

Cependant, ni l'une ni l'autre de ces décisions n'ont condamné personnellement le syndic, parce que la faute commise par lui *ès qualités*, ne leur est pas apparue suffisamment grave pour rejaillir sur lui-même.

Mais c'est surtout en cas de vente par le syndic d'objets déposés chez le failli, ou à lui donnés en gage, ou qu'il se trouvait, d'une façon plus générale, posséder pour le compte d'un tiers, que les tribunaux ont vu des fautes de fonctions constituant des délits de la masse.

M. Marchal avait chargé la Banque Petyt de lui ache-

(1) Nancy, 3 juillet 1895, D. 1895.2.31.

(2) Bordeaux, 30 déc. 1901, *Journ. arrêt Bordeaux* 1902.1.201.

ter 10 actions d'une société et lui en remit le prix. L'achat fut effectué par l'intermédiaire d'un couliissier choisi par la banque. Celle-ci prévint aussitôt M... de la réalisation de l'opération. Les titres étaient donc individualisés dans les rapports entre la banque et l'acheteur. Le 4 mai 1926, jour de la mise en liquidation judiciaire (ultérieurement convertie en faillite) de la banque, les titres se trouvaient cependant encore entre les mains du couliissier qui invita le liquidateur à les retirer en lui versant les fonds, mais celui-ci préféra les laisser revendre. M... demanda alors des dommages-intérêts à la masse.

Et, la Cour d'appel de Douai, confirmant un jugement du Tribunal de commerce de Dunkerque, les lui accorda par arrêt du 12 mai 1927 (1), parce que : « le liquidateur pouvait... aux termes de l'article 547 C. com. retirer les titres qui étaient conservés en gage par le couliissier acheteur, mais qu'au lieu de ce faire, il les a laissé vendre... que c'est donc par sa *faute*, que les titres ne se sont pas trouvés en possession de la masse pour les restituer à M... qui en avait acquitté le montant depuis longtemps... que le syndic ne pouvant remettre les titres à M... celui-ci se trouve dans les conditions d'un créancier de la masse et non comme le soutient à tort le syndic, un créancier dans la masse. » Et sur pourvoi, la Chambre des Requêtes déclara, le 13 février 1929 (1), que de ces faits, l'arrêt attaqué « a pu déduire que le syndic avait commis une faute engageant la responsabilité de la masse ». Sans vouloir discuter si le syndic

(1) Douai, 12 mai 1927, *Journ. Faill.*, 1927, p. 190, *Rec. Douai*, 1927, p. 264 ; et sur pourvoi, Req., 13 fév. 1929, *Journ. Faill.*, 1929, p. 288, *Gaz. Pal.*, 1929, I, 701, S. 1929.1.181.

avait vraiment commis une faute en l'espèce, nous voyons que ces deux décisions ont déduit de la faute de fonction du syndic la responsabilité de la masse. C'était bien là d'ailleurs le type même de faute que peut commettre un syndic sans engager sa responsabilité personnelle.

Dans ses rapports avec la masse, le syndic n'avait commis aucune négligence. C'est bien au contraire en prélevant sur l'actif le montant des sommes dues au coulissier qu'il se serait exposé aux reproches des créanciers. Ces derniers n'eussent pas manqué de prétendre que l'acheteur des titres était créancier dans la masse comme ils le sont eux-mêmes.

La Cour d'appel de Douai confirma sa jurisprudence dans un nouvel arrêt du 14 novembre 1930 (1) rendu entre la faillite de la même banque et un autre client de celle-ci, dans une affaire identique, sauf en ce que le syndic avait, de lui-même, écrit à l'agent de change de revendre les titres pour se couvrir du prix d'achat.

La Cour d'appel de Gand examina une affaire du même genre (la législation belge des faillites est semblable à la législation française).

En 1922, M. Cortier donna en gage à la Banque de l'Yser, pour garantir une ouverture de crédit qu'elle lui consentait, un certain nombre de titres valant à cette époque 40.000 francs. En juin et octobre 1923, la Banque de l'Yser remit ces mêmes titres en gage à la Banque du Commerce, d'Anvers, vis-à-vis de laquelle elle était débitrice de 739.245 francs. Le 4 avril 1924, la Banque de l'Yser fut déclarée en faillite. C... lui devait

(1) Douai, 14 nov, 1930, *Gaz. Pal.*, 1930, II, 819, *Journ. Faill.*, 1931, p. 125,

à ce moment 19.297 francs. La Banque du Commerce réalisa son gage fin juin 1924 et les actions appartenant à C... furent vendues 39.992 francs. L'administrateur-délégué de la Banque de l'Yser fut condamné à une peine de prison pour abus de confiance, et C... assigna les curateurs de la faillite pour obtenir de la masse paiement de la valeur des titres au jour de la demande, et des coupons échus, soit 95.092 francs, sous déduction des 19.297 francs qu'il devait. Il basait sa demande sur la faute qu'aurait commise les curateurs parce que, soutenait-il, il était resté propriétaire des titres donnés en gage. Sans doute, ne pouvait-il pas les revendiquer contre la Banque du Commerce, possesseur de bonne foi protégé par l'article 2279 ; mais ce qui lui était impossible, la faillite pouvait le faire. Prévenus par lui, les curateurs, auraient dû empêcher la vente des titres en remboursant la société créancière sur l'actif de la masse. Ne le faisant pas, ils ont commis une faute, dont C... se dit fondé à demander réparation à la masse.

Le Tribunal de commerce de Furnes, par jugement du 12 mai 1932 adopta son point de vue et condamna la masse à lui rembourser, en raison de la faute commise, la valeur de ses titres, mais seulement au jour de leur vente par la Banque du Commerce. La Cour d'appel de Gand dans un arrêt du 17 novembre 1932 (1) confirma le jugement mais pour un autre motif : parce que la masse aurait succédé de plein droit au failli dans l'obligation de restituer qui était la conséquence de la constitution de gage, tandis que dans ses conclusions l'avocat-général soutenait que la masse était débitrice de la diffé-

(1) Gand, 17 nov. 1932, D. 1934.2.1 et note de M. Albert CHÉRON.

rence entre le prix de vente des titres et la dette de C... en raison de l'enrichissement qu'elle en avait retiré. Il déclarait recevable une action « de in rem verso ». (C'est à ce système que se rallie dans sa note M. Albert Chéron).

Ces décisions de la Cour d'appel de Douai, de la Chambre des Requêtes et du Tribunal de Furnes ne nous semblent pas justifiées. En effet, si l'article 547 reconnaît bien à la masse la faculté de retirer les objets donnés en gage par le failli, il ne lui en fait pas une obligation. Le syndic ne doit s'inspirer que des intérêts de la masse, et non pas de celui de tiers à qui cette constitution de gage pourrait causer un préjudice, car la masse n'est pas obligée de réparer personnellement les fautes du failli.

En dehors de ces quatre décisions on n'en trouve cependant aucune autre condamnant la masse en raison d'une faute de fonction du syndic, qui constituerait à proprement parler une *faute de la masse* (1), cela tient d'abord au soin et à l'attention avec lesquels, syndics ou liquidateurs, gèrent les intérêts qui leur sont confiés, et aussi, à la rareté des cas où la faute commise par le syndic sera cependant un acte que de sa fonction lui commandait d'accomplir.

Nous rejoignons presque en fait, mais non pas en droit, la théorie qui nie la responsabilité de la masse en raison d'une faute du syndic quelle qu'elle soit.

(1) Nous ne pensons pas en effet que la condamnation aux dépens d'un procès puisse être fondée sur l'idée de faute, nous consacrerons un chapitre spécial à cette question.

Cependant, si d'autres cas de faute de fonction n'ont pas été, à notre connaissance soumis aux tribunaux, on peut en prévoir, qui tous se rapporteront à l'usage, qu'aura pu faire le syndic, de droits contestés à la masse. Si par exemple, pour continuer l'exploitation de l'industrie du failli, il utilise des brevets, des marques de fabrique, ou des modèles (1) dont la propriété était disputée à la masse, ou bien, encore s'il engage un préposé spécialisé que l'employeur précédant prétendait ne pas être libéré à son égard, ou bien enfin s'il empiète sur un terrain contesté par un voisin ; dans toutes ces hypothèses, il y aura faute de la masse au cas où les tribunaux lui auraient donné tort sur le fond de son droit. Elles ne sont pas cependant des fautes personnelles du syndic. En s'abstenant de faire usage de ces droits, il aurait préjudicié à la masse, si les tribunaux lui avaient donné raison.

Pour résumer cette question de la responsabilité respective de la masse et du syndic, nous rappellerons, que le syndic est seul responsable de ses fautes personnelles, la masse seule responsable des fautes de fonction. Il y aura faute personnelle du syndic :

1° Quand il aura commis la faute par un acte accompli à l'occasion de ses fonctions mais qui n'en constituait pas l'exercice normal.

(1) Conférer arrêt précité : Req., 11 nov. 1912, D. 1914.1.133. Nous rappelons que dans cette espèce, les juges du fond avaient vu dans l'usage fait par la masse de brevets loués au failli, une continuation du contrat de location. Dans ces conditions, la question ne se posait plus sur le terrain délictuel.

2° Quand il aura commis la faute par un acte qui rentrerait bien dans la limite de ses fonctions, mais étant guidé par un motif d'intérêt personnel.

3° Quand il aura accompli un acte de sa fonction, dans l'intérêt de la masse, mais d'une façon tellement maladroite que la faute l'en atteignait personnellement. Dans ce dernier cas les tribunaux pourront répartir la responsabilité entre le syndic et la masse, sauf le recours de celle-ci contre le syndic pour la part qu'elle aura supportée.

Il y aura faute de fonction, quand le syndic aura accompli un acte de sa fonction dans l'intérêt de la masse, et dont le caractère dommageable ne pouvait être prévu ou était sujet à sérieuse contestation.

SECTION III. — LES DÉLITS DU FAILLI ET LA MASSE

Le failli oblige-t-il la masse par ses délits ? A l'égard de ceux pour lesquels la condamnation à réparation est devenue définitive avant que fut prononcé le jugement déclaratif aucune difficulté : la victime est créancière du failli et donc associée dans la masse. Mais une jurisprudence de la Cour de Cassation (1) aujourd'hui cer-

(1) Voir en ce sens, Req., 19 janv. 1898, D. 1898.1.473 et 11 avril 1907, S. 1907.1.433 ; Rouen, 9 mai 1914, *Rec. Havre* 1914.2.109 et *Journ. Faill.*, 1915-16, p. 237. Mais, cependant, en faveur de la naissance de l'obligation au jour où a été commis le délit : Civ., 11 août 1857, D. 1857.1.342, et Montpellier, 2 et 12 mai 1923, *Moniteur jud. Midi*, juillet 1923 (dans cette espèce, un banquier avait cambriolé les coffres-forts qu'il louait à ses clients) ; Trib. civ. Amiens, 1^{er} mai 1925, *La Loi* du 15 déc. 1925. Voir aussi Trib. civ. Toulouse, 7 mars 1913, *Le Droit*, 13 sept. 1913. Ce jugement a déclaré que la créance

taine, bien qu'elle soit unanimement critiquée par la Doctrine (1) décide que la créance de la victime prend naissance non pas le jour où se produit le fait dommageable, mais au jour du jugement de réparation. Ce jugement ne se borne pas, d'après elle, à constater la créance, il la crée. L'opinion de la Cour de Cassation nous paraît assez peu justifiée. Une créance existe dès le jour où le fait générateur de l'obligation a été accompli. Et par conséquent, du jour de l'accord, pour les créances contractuelles, du jour de l'acte illicite pour les créances délictuelles. Il n'y a aucune raison de faire de différences entre ces deux sources d'obligations.

Quoi qu'il en soit, dans cet état de la jurisprudence, peut-on conclure que le créancier du failli en vertu d'un jugement postérieur à la mise en faillite, peut en poursuivre l'exécution sur l'actif de la masse ?

Poser cette question c'est la résoudre. Le droit de la masse sur les biens du failli n'est pas un simple droit de créance qui serait spécialement protégé contre les actes du failli postérieurs au dessaisissement, par une généralisation de l'action de l'article 1167 C. civ. C'est un véritable droit réel qui comprend, ainsi que nous l'avons analysé dans notre première partie, presque tous les éléments du droit de propriété. Le failli dessaisi ne peut plus grever ses biens d'aucune charge nouvelle, parce qu'il n'en est plus propriétaire que d'une façon

en réparation avait pris naissance au jour de la demande. C'est peu compréhensible.

(1) Conf. DEMOGUE, *op. cit.*, IV, n° 565 et s. ; PERCEROU, *op. cit.*, II, n° 1380 ; PLANIOL et RIPERT, *op. cit.*, VI, n° 669 ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, III, n° 629 bis.

toute passive, et par conséquent, sa victime sera reçue à exécuter le jugement lui accordant réparation uniquement sur les biens que le failli pourra acquérir dans l'avenir.

CHAPITRE III

Dette de la masse par la volonté de la loi

SECTION I

LES DÉPENS DES ACTIONS PUREMENT PÉCUNIAIRES SOUTENUES PAR OU CONTRE LA MASSE (1)

« Toute partie qui succombera doit être condamnée aux dépens. » Appliqué à la masse l'article 130 C. proc. civ. ne va pas sans présenter de sérieuses difficultés. C'est qu'en effet, la masse n'est pas simplement liée par des instances personnelles, au sujet de droits qui lui sont propres ; investie des droits du failli, elle doit en accepter toutes les vicissitudes, et les faire reconnaître par les tribunaux ou les défendre devant eux.

Il convient donc de distinguer trois catégories de procès, et de se demander à propos de chacune d'elles, si en cas d'échec de ses prétentions, la masse peut être

(1) Sur les dépens en général, consulter : GARSONNET et CÉSAR-BRU, n° 761, 3^e édit., t. III, p. 519, et GLASSON-TISSIER-MOREL, n° 781, 3^e édit., t. III, p. 126.

Sur les dépens dus par la masse de la faillite : PERCEROU, *op. cit.*, n° 1158 bis ; LYON-CAEN et RENAULT, t. VII, n° 560 et s. ; LACOUR et BOUTERON, *op. cit.*, t. II, n° 1852 et s. ; WAHL, *op. cit.*, n° 2572, et MAZEAUD, art. précité ; GOMBEAUX, art. précité ; THALLER, art. de la *Rev. crit. légis. et jurispr.*, 1881, p. 665, et note sous D. 1896.2.209.

condamnée aux dépens et dans ce cas, dans quelle mesure. Ces hypothèses seront les suivantes :

1° La masse intente un procès ou est assignée pour faire reconnaître par justice un droit qui a pris naissance directement vis-à-vis d'elle *postérieurement* à la déclaration de faillite.

2° La masse intente un procès ou est assignée pour faire reconnaître par justice un droit créé au profit ou à la charge du débiteur, *avant* la déclaration de faillite.

3° La masse continue ou est assignée en reprise d'une instance commencée par ou contre le débiteur avant la déclaration de faillite. L'affaire peut être restée pendant soit en première instance, soit en appel, soit en Cassation, ou bien encore, une décision peut être intervenue, mais une voie de recours être restée ouverte.

A l'égard de la première situation, l'accord est unanime. La masse, quand elle succombe dans un procès, soit qu'elle l'ait intenté ou qu'il lui ait été fait, au sujet de contrats, quasi-contrats ou délits qui l'ont personnellement rendue créancière ou débitrice, soit encore qu'elle ait exercé une des actions en annulation des articles 446 et suivants du Code de commerce, doit être personnellement condamnée aux dépens. Les tribunaux n'ont jamais mis en doute une telle obligation et toutes les décisions rendues contre la masse, citées précédemment, l'y condamnaient (1).

Les deux dernières hypothèses, au contraire, donnent lieu à controverse. Doit-on mettre tous les dépens à la

(1) Voir notamment Bordeaux, 30 déc. 1901 : *Journ. arrêts Bordeaux*, 1902.I.201 ; Trib. civ., Versailles 10 déc. 1902 ; *Gaz. Pal.*, 1902.I.208 ; Douai, 14 nov. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930, II, 819, etc.

charge de la masse chaque fois qu'elle succombe, par le seul fait que le jugement a été prononcé après la déclaration de faillite ? Doit-on au contraire distinguer entre les procès dont la cause était antérieure à la faillite et ceux dont la cause était postérieure, ou bien encore suivant que la date de la demande est antérieure ou postérieure, et dans ces deux derniers cas, doit-on faire une sous-distinction entre les frais exposés avant la déclaration de faillite et ceux ultérieurs ?

La réponse proposée pour ces questions variera suivant le fondement juridique que l'on reconnaît à la créance de dépens.

Y voit-on simplement un accessoire de la créance principale ? Elle aura le même débiteur que celle-ci et donc pour savoir qui du failli ou de la masse doit en supporter la charge, il faudra s'attacher à la date de la cause du procès. La source de l'obligation reconnue par le jugement sur les conclusions de l'adversaire, ou de la prétendue obligation repoussée contre les conclusions du syndic, était-elle antérieure à la faillite : les dépens constituent une dette du failli, comme la créance principale, et la partie gagnante sera pour le tout associée dans la masse, sans qu'il y ait rien d'autre à distinguer selon la date de l'introduction de la demande ou celle où les frais ont été exposés.

Est-elle au contraire postérieure à la faillite, tous les dépens seront des dettes de la masse.

Cette explication offre l'inconvénient de ne pouvoir être appliquée qu'aux demandes fondées sur un droit de créance. Que faudra-t-il décider si le syndic échoue dans une action en nullité ? Devra-t-on considérer les dépens comme une dette du failli, parce que l'acte attaqué était

antérieur à la déclaration de faillite, ou au contraire comme une dette de masse, parce que la demande lui était postérieure ?

Ce système n'a pas eu une grande vogue en jurisprudence, tout au moins en matière de faillite. Nous ne pouvons citer que deux décisions qui l'aient appliquée, en fait, sans d'ailleurs s'y référer en droit :

Un arrêt de la Cour d'appel d'Agen du 22 décembre 1846 (1), et un jugement du Tribunal de commerce de la Seine du 23 juin 1931 (2), qui a déclaré la créance des frais exposés par le Trésor public pour obtenir la reconnaissance à l'égard de la masse de la validité d'un droit, par ailleurs chirographaire, placée dans la même situation juridique que la créance principale. Mais le Trésor avait eu le tort de prétendre à un privilège qui n'existe évidemment pas. S'il avait simplement demandé à être reconnu créancier de la masse pour les dépens, la décision eut sans doute été différente.

Une seconde opinion, qui est aujourd'hui la plus généralement adoptée, voit dans la condamnation aux dépens, une réparation du préjudice causé à la partie gagnante, en l'obligeant « à se mettre en frais pour soutenir une juste demande, ou pour se défendre à une demande qui ne l'était pas » (3).

La partie perdante a commis une faute en introduisant une demande injustifiée ou en ne donnant pas satisfaction à une demande justifiée, il est équitable qu'elle la

(1) Agen, 22 déc. 1846, D. 1847.2.87, S. 1847.2.204.

(2) Trib. com. Seine, 23 juin 1931, *Gaz. Pal.* 1932, II, 479.

(3) GARSONNET et CÉZAR-BRU, *référence précitée* ; PERCEROU, *référence précitée* ; GEOFFROY, *Code pratique des faillites*, pp 379 et suiv.

répare. Et dès lors, pour savoir qui, du failli ou de la masse, doit être condamné aux dépens, il suffira de rechercher lequel des deux avait commis la faute.

L'action a-t-elle été introduite après la déclaration de faillite, la masse devra nécessairement être condamnée aux dépens, parce que c'est elle qui aura accompli la faute d'introduire une demande injustifiée ou de résister à une juste demande. Il ne sera pas besoin de rechercher à quelle époque remonte la cause du procès. Cela ne changerait rien à l'existence de cette faute.

L'action avait-elle été introduite avant la déclaration de faillite par ou contre le débiteur ? Le syndic, assigné en reprise d'instance pour que le jugement à intervenir soit opposable à la masse, devra choisir aux risques et périls de la masse. S'il reprend au compte de celle-ci les conclusions du failli, il se sera approprié la faute de ce dernier ; par conséquent, il sera à bon droit condamné ès qualités au paiement des dépens en cas d'échec.

Si au contraire, il conclut au bien fondé de la demande de l'adversaire ou se désiste de la demande, de l'appel, ou du pourvoi introduits par le failli, il n'aura commis aucune faute ; et par conséquent, la partie adverse sera pour les dépens comme pour le principal de sa créance, créancière du failli et donc associée dans la masse.

La Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 23 janvier 1866 (1), avait adopté ce système et décidé que : « L'action intentée par un créancier contre son débiteur, tombé en faillite dans le cours de l'instance, doit être suivie contre le syndic, qui... est tenu de reconnaître ou

(1) Req., 23 janv. 1866, D. 1866.1.163.

de contester, aux risques et périls de la faillite, la légitimité de la créance du demandeur. Et qu'en conséquence, le syndic, mis en cause, ne peut s'abstenir de prendre partie et laisser suivre la procédure contre le failli seul sous la responsabilité exclusive de ce dernier, notamment quant aux dépens ».

En s'appropriant la faute du failli, la masse s'oblige-t-elle à indemniser la partie gagnante de tous les frais exposés ou seulement de ceux postérieurs à la faillite ? On peut en effet soutenir que le seul dommage causé par la résistance injustifiée du syndic est celui des frais postérieurs. Le Tribunal de commerce de Mulhouse devait, peu de temps après, préciser sur ce point la doctrine de la Cour de Cassation. Il décida par jugement du 15 novembre 1867 (1) que : « les dépens auxquels le syndic d'une faillite est condamné dans une instance commencée avant la déclaration de faillite, ne doivent être prélevés par privilège sur l'actif mobilier que pour la partie des frais postérieure à la reprise d'instance par le syndic ; ceux faits antérieurement suivent le sort de la créance principale. » Par les motifs qu'« une partie notable des frais taxés ont été faits avant la faillite. P... et la reprise d'instance contre le syndic ; que si ce dernier, alors qu'il a été mis en cause, avait renoncé à donner suite au litige et à appuyer les contestations et contre-prétentions du failli, que s'il s'était soumis à reconnaître volontairement la légitimité de la dette, les frais jusqu'à la reprise d'instance, s'ajouteraient comme les intérêts au capital dû à la demanderesse, et constitueraient un capital à produire à la masse, sans aucune

(1) Trib. com. Mulhouse, 15 nov. 1867, S. 1868.2.55.

possibilité de privilège, de préférence, ou de prélèvement. Que si le syndic a provoqué de nouveaux frais ces derniers seuls peuvent être réclamés intégralement ».

Malgré les grandes qualités de clarté et de simplicité d'un tel système — il suffit de rechercher la date à laquelle les frais ont été exposés — il ne fut pas longtemps en faveur. La Cour de Cassation et les juridictions qui lui sont subordonnées ont fini par se rallier à un système plus simple encore s'il en fut : elles condamnent automatiquement la masse au paiement des frais, par le fait seul que le jugement en vertu duquel ils ont été exposés a été rendu après la déclaration de faillite. Les décisions en ce sens ne se comptent plus, nous ne citerons que les plus caractéristiques :

Trois arrêts de la Chambre civile des 20 avril 1869, 18 août 1880, 17 octobre 1900, et un arrêt de la Chambre des Requêtes du 11 juin 1877 (1), ont notamment posé, en principe, et presque dans les mêmes termes que : « La condamnation aux dépens prononcée contre une partie qui succombe, oblige personnellement cette partie aux frais d'instance exposés par son adversaire, et que, si cette condamnation a été prononcée contre une faillite, c'est à la masse des créanciers qu'incombe l'obligation de relever indemne la partie qui a gagné le procès, laquelle est de ce chef, créancière de la faillite et non pas soumise à la contribution commune par voie de dividende. »

Un autre arrêt de la Chambre civile du 5 février

(1) Civ., 20 avril 1869, D. 1869.1.340; 18 août 1880, D. 1880.1.444; 17 oct. 1900, D. 1902.1.569; S. 1904.1.455; et Req., 11 juin 1877, S. 1877.1.308 (affaire Baudot).

1901 (1) a donné la même solution en matière de liquidation judiciaire.

Les syndics ont alors essayé d'atténuer la rigueur de cette jurisprudence en soutenant que si la masse pouvait être reconnue débitrice des dépens pour avoir perdu un procès qu'elle n'avait pas personnellement intenté, du moins ne devait-elle que les frais exposés après la reprise de l'instance par le syndic, quelles qu'aient été ses conclusions.

Les tribunaux n'ont pas admis cette distinction : la Chambre civile, par un arrêt du 23 juillet 1873 (2), a décidé que les dépens d'un pourvoi en cassation introduit par un débiteur avant sa déclaration de faillite, ne pouvaient pas rester à la charge de ce dernier, mais devaient être supportés par la masse. De même, la Cour d'appel de Paris, dans deux arrêts des 2 mai 1850 et 7 mai 1885 (3), a déclaré la masse débitrice de tous les frais occasionnés par le procès perdu, même de ceux avancés avant la déclaration de faillite. Nous rencontrons encore dans le même sens un arrêt de la Cour d'appel d'Amiens du 2 février 1893 (4), un jugement du Tribunal civil de la Seine du 2 avril 1903 (5), un arrêt de la Cour d'appel de Caen du 23 juin 1915 (6), et un jugement du Tribunal civil d'Amiens du 1^{er} mai 1925 (7) et enfin un dernier jugement du Tribunal de

(1) Civ., 5 fév. 1901, D. 1902.1.41 ; *Journ. Faill.*, 1901, p. 145.

(2) Civ., 23 juill. 1873, D. 1874.1.102.

(3) Paris, 2 mai 1850, S. 1850.2.296, D. 1852.2.136 et 7 mai 1885, *La Loi* du 7 mai 1885.

(4) Amiens, 2 fév. 1893, *Journ. Faill.*, 1894, p. 154.

(5) Trib. civ. Seine, 2 avril 1903, *Le Droit*, 5 août 1903 ; *Journ. Faill.*, 1904, p. 75.

(6) Caen, 23 juin 1915, *Rec. Caen*, 1916, p. 43.

(7) Trib. civ. Amiens, 1^{er} mai 1925, *La Loi*, 15 déc. 1925.

commerce de Saint-Etienne du 1^{er} décembre 1926 (1).

Les syndics tentèrent sans plus de succès de faire reconnaître leur point de vue, tout au moins en matière d'appel. Ils prétendirent que lorsque le débiteur avait interjeté un appel dont la masse se désistait après la déclaration de faillite, celle-ci ne devait être condamnée qu'aux frais d'appel, mais pas à ceux de première instance. Conformément à une jurisprudence fermement établie de la Cour de Cassation, aux termes de laquelle, la partie qui s'en rapporte à justice est considérée comme ayant contesté la demande et doit être condamnée aux dépens (2), les tribunaux se sont refusés à toute distinction : Nous citerons en ce sens la Cour d'appel d'Amiens, dans un arrêt du 11 février 1897 (3) ; la Cour d'appel de Paris dans un arrêt du 1^{er} juin 1900 (4), la Cour d'appel de Montpellier dans un arrêt du 4 décembre 1902 (5) et d'autres décisions beaucoup plus récentes, notamment trois arrêts de la Cour d'appel de Dijon des 31 décembre 1925, 9 juillet 1926 et 8 juillet 1927 (6), un arrêt de la Cour d'appel de Caen, du 7 janvier 1930 (7), un arrêt de la Cour d'appel de Rouen du

(1) Trib. com. St-Etienne, 1^{er} déc. 1926, *Gaz. Pal.*, 1927, I, 261.

(2) Req., 9 nov. 1892, S. 1895.1.399 ; 24 oct. 1904, S. 1905.1.283 ; et 27 janv. 1913, S. 1913.1.349

(3) Amiens, 11 fév. 1897, D. 1897.2.375.

(4) Paris, 1^{er} juin 1900, D. 1902.1.195.

(5) Montpellier, 4 déc. 1902, D. 1904.2.313.

(6) Dijon, 31 déc. 1925, D. H. 1926, p. 212 ; *Journ. Faill.*, 1926, p. 197 ; 9 juin 1926, *Gaz. Pal.*, 1926, II, 450 ; 8 juill. 1927, *Journ. Faill.*, 1928, p. 185.

(7) Caen, 7 janv. 1930, *Journ. Faill.*, 1930, p. 163, D. 1932.2.133.

30 juillet 1930 (1), et enfin un arrêt de la Cour d'appel de Montpellier du 29 juin 1932 (2).

Ainsi que nous le pouvons constater, la jurisprudence ne laisse place à aucune équivoque : Tout jugement prononcé contre la masse entraîne sa condamnation à la totalité des dépens. Que faut-il en penser ? Etant donné la position que nous avons prise à propos de la continuation par la masse des contrats du failli, il semblerait logique que nous condamnions un tel système et que nous soutenions que la masse ne peut pas plus être obligée par les délits du failli que par ses contrats, et qu'en conséquence, conformément à l'opinion première de la Cour de Cassation, nous prétendions qu'elle ne peut être condamnée aux dépens que des procès qu'elle a personnellement soutenus, ou, s'il s'agit d'une instance commencée auparavant, qu'au cas où elle aurait expressément repris en son nom les conclusions du failli.

Ce serait d'autant plus naturel que cela correspondrait à la notion d' « instance-contrat judiciaire » qui est celle de notre procédure. Nous aboutirions à une complète unité de conception en matière de contrats conclus par le débiteur.

Nous croyons cependant que la jurisprudence actuelle doit être entièrement approuvée. En effet, il n'est pas possible de justifier vraiment la condamnation aux dépens par l'idée d'une faute de la partie perdante (ce qui supprimerait toute condamnation aux dépens dans les procès où l'acquiescement n'est pas recevable).

Elle a très bien pu, au contraire, « être d'une grande

(1) Rouen, 30 juill. 1930, *Gaz. Pal.*, 1930, II, 488 ; *Journ. Faill.*, 1931, p. 136.

(2) Montpellier, 29 juin 1932, *Gaz. Pal.*, 1932, II, 585.

prudence, s'entourer des conseils les plus autorisés, invoquer une jurisprudence qui paraissait établie. Dans bien des cas, l'obscurité et la complexité des faits du procès, ou la difficulté des questions de droit à trancher empêchent qu'il y ait de prévoir qu'elle pourra être la solution du procès. Le fondement de la règle de l'article 130 n'est donc pas une faute » (1).

La Cour de Cassation l'a d'ailleurs reconnu dans plusieurs arrêts : « La disposition impérative de l'article 130 met les dépens à la charge de la partie qui succombe, alors même qu'aucune faute ne lui est imputable » (2).

Si la demande constituait un abus du droit de citation, ou si des moyens de défense ont été présentés de mauvaise foi, dans le seul but de gagner du temps, et que la partie gagnante en ait subi un préjudice indépendant des frais exposés, elle aura droit à des dommages-intérêts. Et dans ce cas, il sera juste, si le procès avait commencé avant la déclaration de faillite, de rechercher quel parti la masse a pris. S'est-elle rangée aux côtés du failli, alors elle devra être condamnée à des dommages-intérêts, et pour tout le préjudice, car en l'espèce, la faute est indivisible ; s'en est-elle au contraire désolidarisée, la seule faute commise est celle du failli, la partie gagnante pourra simplement produire sa créance en dommages-intérêts en plus de la créance principale et des intérêts, au passif de la faillite.

Mais les dépens proprement dits, qui représentent uniquement les frais exposés par les deux parties pour faire trancher leurs différends, et, non pas une indemnité allouée au gagnant pour le dédommager de sa

(1) GLASSON-TISSIER-MOREL, référence précitée.

(2) Civ., 30 mai 1905, S. 1906.1.257 ; 6 nov. 1911, S. 1912.1.197.

peine, constituent une obligation légale fondée sur l'idée de *risque* (1).

La partie perdante doit assurer à son adversaire une « satisfaction aussi complète que s'il avait obtenu immédiatement et sans frais un jugement favorable » (1) parce qu'elle aurait été en droit d'exiger la même satisfaction si le jugement avait été rendu en sa faveur. La charge des dépens est donc la contre-partie nécessaire du bénéfice éventuel que doit procurer la demande ou la défense. Et il est certain que la masse est appelée à retirer profit du succès de tout procès entamé par le débiteur ou contre lui, avant sa faillite. On se demandera quel intérêt peut présenter pour la masse que soit reconnue ou non la validité d'une créance, dont le caractère chirographaire n'est pas contesté : ce qui lui importe, ce sont les actions en justice qui ont pour but d'accroître ou diminuer son patrimoine, mais non celles qui tendent simplement à le partager entre un nombre plus ou moins grand d'associés. Il ne faut cependant pas oublier que la masse est une société d'une nature particulière. Elle n'a pas pour objet la réalisation de bénéfices, mais d'assurer à chaque créancier-associé, une meilleure répartition des biens de son débiteur. Et par conséquent, toute demande en justice dont le résultat sera d'augmenter ou de diminuer le nombre de ces associés, intéresse directement le but même de la masse, puisque le dividende distribué sera fonction du nombre des créanciers et de la valeur de leurs créances. Il n'y a aucun motif de distinguer suivant l'époque où a été formée la demande ou la date de sa cause ; par le fait même

(1) En ce sens, GLASSON-TISSIER-MOREL, référence précitée.

qu'il a été rendu après la déclaration de faillite, le jugement intervenu pouvait profiter à la masse, elle doit donc supporter les risques des frais en cas d'échec.

Cette même notion de risque nous permettra de résoudre la délicate question des dépens du jugement prononçant la séparation de biens d'entre le débiteur et sa femme.

SECTION II. — LES DÉPENS DES ACTIONS MIXTES (1)

Quand un plaideur intente contre un commerçant en faillite une action intéressant à la fois les droits de famille et les droits patrimoniaux de celui-ci, il doit mettre en cause à la fois le syndic et le failli. Le syndic, dit-on parfois, doit intervenir pour « représenter » le failli (2). C'est là une erreur certaine. Le failli n'est pas un incapable. Il n'a besoin ni d'être représenté, ni d'être autorisé ; mais la déclaration de faillite l'a dessaisi de ses biens qui sont passés entre les mains de la masse. Dans ces conditions, si le jugement n'intervenait qu'entre le demandeur et le failli, seuls les effets relatifs à la personne pourraient utilement se produire ; les créances, au contraire, qui par hypothèse auront une cause antérieure à la faillite, ne seraient recouvrables qu'au cas où le failli reviendrait à meilleure situation. Pour les rendre opposables à la masse, il faut que celle-ci soit partie

(1) Consulter : PERCEROU, *op. cit.*, n^{os} 545 et s. ; LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, VII, n^o 235 ; MAZEAUD, article précité ; GOMBEAUX, article précité ; THALLER, *Séparation de biens et effets personnels de la femme*, *Ann. dr. com.*, 1896, p. 366.

(2) Conf. note sous D. 1880.1.337.

à l'instance. C'est donc en qualité d'organe de la masse uniquement, et non pas comme représentant d'un failli qui n'a pas besoin d'être représenté, que sera cité le syndic. Si la demande est justifiée, ils seront tous les deux condamnés, mais qui devra alors supporter les dépens ?

La question s'est surtout posée à propos de la séparation de biens que demandera la femme du failli. Il est en effet, d'une jurisprudence constante, que la mise en faillite ou en liquidation judiciaire du mari, prouve suffisamment le péril où se trouve la fortune de la femme, et permet de prononcer « de plano », la séparation de biens.

Un premier point n'est pas contesté : si le syndic fait valoir des moyens de défense différents de ceux du failli, s'il conteste la valeur des reprises que peut exercer la femme, et qu'il succombe, les frais qui s'y rattachent seront une dette de la masse. C'est l'application pure et simple de l'article 130 du Code de procédure civile. Mais le plus souvent il déclarera s'en rapporter à justice ; la masse peut-elle être condamnée aux dépens ?

A) Dans un procès en séparation de biens tout se passe comme si la femme formait deux demandes : une demande en modification du régime matrimonial, contre son mari, une demande en admission en qualité d'associée pour ses créances et en restitution de ses propres parfaits, contre la masse, demandes qui seraient fondées et résolues dans un même jugement. La répartition des dépens sera fonction de l'importance relative que l'on attribue à chacune dans l'ensemble de la procédure.

Un premier état de la jurisprudence voyait dans la séparation de biens une action essentiellement personnelle ; la masse n'étant mise en cause que d'une façon toute passive pour assurer la régularité et l'opposabilité de la procédure à son égard. Aussi les tribunaux décidaient-ils que la totalité des dépens était à la charge du failli et devaient être admise dans la masse comme accessoire à la créance principale. (A moins bien entendu que le syndic n'ait cru bon d'intervenir d'une façon personnelle).

La Cour d'appel de Rouen fut la première à appliquer cette opinion dans un arrêt du 29 février 1840 (1) ; un syndic ayant été condamné *ès qualités* aux dépens d'une demande en séparation de biens malgré qu'il s'en fut rapporté à justice, fit appel en soutenant :

1° que sa présence dans la cause était forcée et ne pouvait, en conséquence porter préjudice aux intérêts de la masse, que, si la loi prescrit certaines formalités dispensables, telle que l'appel en cause du syndic c'est bien sans doute dans l'intérêt des créanciers dont les droits ne doivent pas être sacrifiés, mais que si la masse ne conteste pas cette demande, et conserve en quelque sorte la position de partie regardante, elle ne peut être passible des dépens.

2° qu'il n'en pourrait être autrement que dans le cas d'une contestation sérieuse soulevée par le syndic qui aurait succombé dans ses prétentions.

3° et subsidiairement, que la demande étant antérieure à la déclaration de faillite, les dépens ne pourraient de toute façon être une charge de la masse.

(1) Rouen, 29 fév. 1840, D. 1840.2.109.

L'arrêt lui donne raison en se fondant sur les deux premiers points : « Les frais de la demande en séparation de biens formés par la femme d'un failli, ne doivent être admis au passif de la faillite que comme créance ordinaire et non comme créance privilégiée (il faut lire préférentielle, car la question d'un privilège « stricto sensu » n'avait pas été soulevée) soit que la demande ait été formée antérieurement à la déclaration de faillite, soit qu'elle ait été introduite postérieurement.

Nous pouvons encore citer dans le même sens un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 6 mai 1885 (1), et quatre ou cinq autres décisions postérieures (2).

Mettre les dépens à la charge exclusive du failli était une mesure peu équitable pour la femme, car le dividende attribué étant, par hypothèse même, insuffisant pour lui assurer ses reprises, joindre les frais à la créance principale, aboutit en fait à en refuser le paiement. Il est d'autre part inexact que l'intervention de la masse soit purement passive dans cette instance, elle y joue au contraire le premier rôle. L'objet principal de la demande n'est pas de modifier le régime matrimonial des époux et d'enlever au mari l'administration des propres de la femme — c'est même là le moindre de leurs soucis — mais de permettre à la femme de sauver du désastre une partie des ressources de la famille en faisant valoir sa créance de reprise et en réclamant les biens

(1) Paris, 6 mai 1885, *Journ. Faill.*, 1885, p. 154 ; D. 1890.2.341 (en sous note) et S. 1891.2.84 (sous note).

(2) Trib. civ. Rochefort, 27 fév. 1889 et Trib. civ. Dié, 24 mars 1889, *Journ. Faill.*, 1889, pp. 261 et 353 ; Liège, 26 juin 1890, *Journ. Faill.*, 1891, p. 233 ; Trib. civ. Albi, 6 août 1908, *Journ. Faill.*, 1908, p. 451.

propres qu'elle pourra retrouver en nature dans l'actif de la faillite. Si juridiquement mari et femme s'opposent, psychologiquement ils sont du même côté de la barre. La masse est au contraire leur véritable adversaire commun. Elle est intéressée au procès parce que la séparation de biens créera un associé de plus et diminuera ainsi la part des autres. Elle est intéressée aussi à la liquidation de la communauté, parce qu'elle peut toujours craindre une collusion entre les époux. Peu importe, dans ces conditions, qu'elle ait contesté ou non la demande de la femme ; la charge des dépens n'est pas une réparation du préjudice causé en soutenant un point de vue erroné, mais l'obligation que la loi tire impérativement de l'intérêt que la partie perdante avait au procès.

B) Aussi infiniment plus nombreuses sont les décisions qui condamnent aux dépens le failli et la masse. Mais une question subsidiaire se pose, dans quelle mesure se fera la répartition ? Certains arrêts prenant le contre-pied de la jurisprudence première ont alors condamné la masse à la totalité des dépens en se fondant soit sur l'intérêt principal et quasi-exclusif que la masse a dans la procédure en séparation de biens, soit sur l'indivisibilité d'une telle demande.

En faveur de la première explication se sont prononcés un arrêt de la Cour d'appel de Douai du 22 avril 1874 (1), un arrêt de la Cour d'appel de Paris du 22 mai 1876 et sur pourvoi, un arrêt de la Chambre des Requêtes du 11 juin 1877 (2) et surtout un nouvel arrêt de la

(1) Douai, 22 avril 1874, S. 1875.2.239 ; D. 1880.1.337 (sous note).

(2) Paris, 22 mai 1876 et sur pourvoi, Req., 11 juin 1877, D. 1877.1.502 (affaire Collet).

Cour d'appel de Paris du 13 mars 1879 (1) qui déclarait que : « S'il est vrai que l'instance en séparation de biens a pour effet indirect de modifier dans la personne du failli les pouvoirs d'administration de la société conjugale qu'il tenait du régime sous lequel il était marié, et, si à ce titre il convient de le mettre en cause, il faut reconnaître toutefois, que ce que cette instance a pour objet immédiat et direct d'atteindre, ce sont les biens du failli placés par la faillite sous le nom des créanciers et géré pour eux par le syndic qui les représente ; qu'il s'ensuit que vis-à-vis de la femme demanderesse en séparation de biens, c'est le syndic qui est la partie principale avec laquelle elle établit le débat ; qu'en vain l'on voudrait établir une distinction pour le cas où le syndic aurait déclaré ne pas vouloir contester la demande, et qu'on prétendrait que n'ayant pu succomber sur une instance à laquelle il a adhéré, il ne saurait en encourir les dépens ; que dans une semblable matière qui tient à l'ordre public, où l'accord des parties n'a ni valeur ni effet, le rôle de contradicteur est forcé et emporte avec lui, quant aux dépens, les conséquences que la loi y a attachées ». Sur pourvoi, la Chambre des Requêtes confirma purement et simplement cet arrêt le 23 février 1880 (2).

(1) Paris, 13 mars 1879, D. 1879.2.264 ; S. 1880.2.17 (note LYON-CAEN favorable).

(2) Req., 23 fév. 1880, S. 1880.1.248 ; D. 1880.1.337 (et note) ; dans le même sens, Trib. civ. Nantes, 30 nov. 1887, *Journ. Faill.*, 1888, p. 304 ; Trib. civ. Albi, 24 juill. 1889, *Gaz. Pal.*, 1890, II, som p 7 ; Trib. civ. Bruges, 24 mars 1890, *Journ. Faill.*, 1891, p. 463 ; Trib. civ. Orthez, 21 mai 1890, *Journ. Faill.*, 1890, p. 189 ; Trib. civ. Rouen, 3 juill. 1890, *Journ. Faill.*, 1892, p. 511 ; Douai, 16 nov. 1891, *Rec. Douai*, 1891, p. 351.

Le syndic avait tenté de prétendre que la masse devait tout au moins n'être condamnée que pour partie aux dépens, la Cour de cassation ne put que se refuser à examiner cette question qui constituait un moyen nouveau.

Le Tribunal civil de Châteauroux, dans un jugement du 13 mai 1895 (1), a fait une application de ces principes, d'autant plus intéressante, qu'élargissant le débat, il n'a pas hésité à déclarer que la masse devait supporter les dépens de tout procès ayant un caractère personnel, du moment qu'il entraîne certains effets pécuniaires qui intéressent la masse. Et résumant tous les arguments donnés en faveur de la condamnation de la masse à l'intégralité des dépens par les décisions précédentes, le Tribunal a jugé que la masse devait en supporter toute la charge parce que :

1° L'action est intentée à la fois contre le failli et contre la masse et que l'intérêt de celle-ci est prédominant en raison des conséquences patrimoniales qu'aura le jugement.

2° Que le fait que la demande soit antérieures à la faillite ne saurait rien y changer, car cette obligation est « issue du contrat judiciaire formée entre les parties litigantes ».

3° Qu'il serait peu équitable de moins bien traiter la femme que les autres créanciers.

4° Et, en tout cas, « que toute ventilation est impossible, qu'il ne s'agit pas en effet d'un intérêt pécuniaire divisible, le mari défendeur et la masse succombant chacun pour une part, que la séparation de biens est

(1) Trib. civ. Chateauroux, 13 mai 1895, D. 1896.2.209 (note THALLER, précitée favorable).

indivisible, que l'un et l'autre défendeur succombent pour le tout, sans division, sans proportion possible. »

C'est aussi à cette idée de l'indivisibilité de la séparation de biens qu'avaient fait appel certains tribunaux, et notamment le Tribunal civil de Lyon dans un jugement du 9 avril 1881 (1), pour condamner la masse à tous les dépens.

Mettre la totalité des frais de la séparation de biens à la charge de la masse n'est pas, au fond, plus justifié que les considérer pour le tout comme une dette du failli.

Si l'intérêt pécuniaire est prépondérant, il n'est cependant pas le seul ; il ne faut pas oublier qu'il a sa source dans la modification apportée au régime matrimonial des époux. Quant à l'argument tiré de l'indivisibilité de la séparation, il se fonde sur une équivoque, en négligeant que cette demande à deux fins : enlever au mari son droit d'administration sur les propres de la femme (c'est seulement à l'égard de cette partie personnelle que la demande est indivisible), et permettre à la femme d'exercer ses reprises. A chaque intérêt correspondent des frais. La créance de dépens, comme toute créance d'une somme d'argent, est parfaitement divisible. Il n'y a donc aucune raison de faire supporter à l'un des défendeurs les frais occasionnés par la mise en cause de l'autre.

C) De nombreux tribunaux refusaient de s'incliner devant l'opinion de la Chambre des Requêtes et jugeaient

(1) En ce sens, Trib. civ. Lyon, 9 avril 1881, et Trib. civ. Saintes, 22 juin 1881, *Journ. Faill.*, 1882, p. 186 ; Trib. civ. Chatillon-sur-Seine, 4 fév. 1891, *Journ. Faill.*, 1891, p. 230 ; Trib. civ. Verdun, 11 fév. 1891, *Journ. Faill.*, 1891, p. 136.

que les dépens devaient être supportés, partie par les faillis, partie par la masse (1). Et par conséquent, dans ce système, la femme, pour la quotité incombant au failli, est simple associée dans la masse et ajoute sa créance de dépens à celle de reprises mais pour la portion mise à la charge de la masse, elle peut en réclamer paiement par prélèvement sur l'actif de celle-ci.

La Chambre civile mit fin à cette incertitude de jurisprudence, par trois arrêts du 11 décembre 1895 (2), rendus sur pourvois contre trois décisions qui se référaient chacune à un système différent.

(1) Nous relevons en ce sens, Douai, 8 août 1856, D. 1857.2.66 ; Paris, 6 mai 1895, D. 1890.2.341 (en sous note) ; S. 1891.2.84 (sous note) ; Trib. civ. Seine, 2 nov. 1885, *Journ. Faill.*, 1885, p. 541, et 16 nov. 1885, *Journ. Faill.*, 1886, p. 23 ; Grenoble, 6 déc. 1882, *Journ. Faill.*, 1883, p. 159 ; Angers, 11 déc. 1888, *Journ. Faill.*, 1888, p. 64 ; Trib. civ. Bayonne, 9 juill. 1889, *Journ. Faill.*, 1889, p. 403, *Gaz. Pal.*, 1889, II, 296 ; Trib. civ., La Rochelle, 18 déc. 1889, *Journ. Faill.*, 1890, p. 233 ; Paris, 21 déc. 1889 et 3 avril 1890, *Journ. Faill.*, 1890, p. 211 et p. 398, D. 1890.2.341, S. 1891.2.84 ; Trib. civ. Chalons-sur-Saône, 14 août 1891, *Journ. Faill.*, 1891, p. 517 ; Trib. civ. Chateaudun, 4 déc. 1890, *Journ. Faill.*, 1891, p. 235 ; Trib. civ. Vervins, 24 avril 1890, *Journ. Faill.*, 1890, p. 282 ; Trib. civ. Saint-Quentin, 1^{er} août 1890, *Journ. Faill.*, 1890, p. 474 ; Trib. civ. Avallou, 25 nov. 1891, *Journ. Faill.*, 1893, p. 144 ; Trib. civ. Saint-Amand, 25 août 1891, *Journ. Faill.*, 1892, p. 44 ; Trib. civ. Langres, 27 mai 1892, *Journ. Faill.*, 1892, p. 257, *La Loi* du 21 juin 1892 ; Trib. civ. Orange, 26 avril 1893, *Journ. Faill.*, 1893, p. 512 ; Douai, 24 nov. 1890, *Rec. Douai*, 1890, p. 92 ; Dijon, 15 juill. 1891, D. 1892.2.504.

(2) Civ., 11 déc. 1895 (trois arrêts), D. 1897.1.17 (et notes THALLER favorables). Conf. la note précédemment citée, D. 1896.2.209, dans laquelle M. Thaller se ralliait au système mettant tous les dépens à la charge de la masse ; S. 1896.1.37 ; *Pand. Franç.*, 1896.1.497 (et note BOUVIER-BANGILLON qui voit dans la créance de dépens un accessoire de la créance principale) ; *Journ. Faill.*, 1896, p. 60.

La Cour d'appel de Rouen (1^{re} Chambre), le 31 janvier 1894 (1), avait partagé les dépens par moitié entre le failli et le syndic parce que :

1° « La femme a deux adversaires : le mari et le syndic qui luttent pour défendre deux intérêts distincts. »

2° « Si la disposition principale du jugement est indivisible, la condamnation accessoire aux dépens, chose essentiellement divisible, peut faire l'objet d'une répartition entre ceux qui succombent. »

La Cour d'appel de Lyon, avait, par arrêt du 23 novembre 1892, mis les dépens tout entiers à la charge de la liquidation judiciaire. Cependant la Cour d'appel de Rouen, par un autre arrêt de sa seconde chambre du 28 avril 1893 (1), prononçait une condamnation « in solidum » contre le failli et la masse, ce qui revenait pratiquement à en faire supporter le poids par la faillite.

Les trois pourvois furent joints. Dans ses conclusions, M. l'avocat général Desjardins (2), après avoir rappelé que les dépens sont personnels et naturellement divisibles, que la divisibilité est la règle et l'indivisibilité l'exception, et que la solidarité ne se présume pas davantage, écrivait : « Quoiqu'il en soit et si votre propre jurisprudence pouvait être considérée comme flottante, le moment est venu de dissiper toute équivoque et de résoudre nettement les questions suivantes :

« Le mari figure-t-il dans l'instance comme un personnage distinct du syndic (et à plus forte raison du liquidateur judiciaire) ? Oui.

(1) Rouen (1^{re} Ch.), 31 janv. 1894, *Journ. Faill.*, 1894, p. 177 et Rouen (2^e Ch.), 28 avril 1893, et le jugement du Trib. civ. de Rouen du 17 fév. 1893 dont il était fait appel, *Journ. Faill.*, 1893, p. 276.

(2) Conclusions rapportées au D. 1897.1.184.

« Cela posé subsiste-t-il un motif juridique pour soustraire le litige à l'application de l'arrêt de 1841 ? Non.

« Donc les dépens occasionnés par la présence dans l'instance du mari failli (et à plus forte du mari en liquidation judiciaire) sont à la charge personnelle de ce mari, deviennent les accessoires de la créance de reprises et tombent sous la loi du dividende, certainement quand ces reprises ne sont pas garanties par une hypothèque légale sur un patrimoine immobilisé. »

Et conformément à ces conclusions, la Chambre civile prononça trois arrêts conçus dans les mêmes termes : « La Cour, Vu l'article 130 C. pr. civ., attendu que l'instance en séparation de biens formée par la dame..., a été suivie par elle conjointement contre son mari, le sieur..., et contre le syndic de la faillite de ce dernier (ou le liquidateur judiciaire) ; que dès lors chacun des deux défendeurs doit être condamné aux dépens en ce qui le concerne, sans que les dépens dus par le mari puissent être mis à la charge de la masse sans venir à contribution ; attendu que si la séparation de biens est indivisible, les défendeurs avaient des intérêts distincts et que rien ne s'oppose à ce que les dépens soient divisés ; attendu, d'autre part, qu'il n'y a entre les défendeurs aucune solidarité, soit légale, soit conventionnelle, et qu'il n'est allégué contre eux aucune faute commune, dont chacun d'eux serait responsable pour le tout ; que le principe admis en cas de faillite doit l'être à plus forte raison en cas de liquidation judiciaire aux termes de l'article 5, § 1^{er} de la loi du 4 mars 1889. »

Et par ces motifs, la Chambre civile confirma l'arrêt de la Cour d'appel de Rouen du 31 janvier 1894, que nous avons rapporté, et cassa les deux autres,

Désormais, la question était tranchée : les dépens doivent se répartir entre la masse et le mari. Toutes les décisions ultérieures se sont inclinées devant ces arrêts de principe (1). Si le principe même de la répartition n'est plus discuté, une autre question se pose immédiatement : dans quelle proportion doit-elle se faire ? Comme l'arrêt de Rouen confirmé par la Cour de Cassation, avait admis un partage par moitié, la plupart des tribunaux ont considéré que la Cour suprême s'y était implicitement ralliée, sans remarquer qu'il y a là une question de fait qui ne lui était pas soumise et qu'elle n'aurait pu trancher, et décident de mettre les dépens moitié à la charge du mari, moitié à la charge de la masse.

C'est un mode de calcul purement arbitraire, comme d'ailleurs toute tentative de comparaison entre un intérêt moral et un intérêt pécuniaire. Pourquoi supposer que le mari porte à ses pouvoirs d'administrateur, un intérêt plus grand, plus petit, ou égal à celui qu'a la masse à examiner les créances de la femme ? D'autant plus que dans la quasi-totalité des demandes en séparation de biens, mari et femme sont d'accord. Cet argu-

(1) Voir notamment Trib. civ. Avesne, 14 janv. 1897, *Journ. Faill.*, 1898, p. 238 ; Trib. civ. Caen, 6 fév. 1898, *Journ. Faill.*, 1898, p. 238 ; Trib. civ. Narbonne, 9 mars 1897, *Journ. Faill.*, 1897, p. 513 qui fait une distinction entre les frais antérieurs et les frais postérieurs à la déclaration de faillite ; Bordeaux, 11 août 1897, *Journ. Faill.*, 1898, p. 249 ; Trib. civ. Chateaubriant, 8 juill. 1897, D. 1898.2.144 ; Trib. civ. Compiègne, 22 janv. 1913, *Journ. Faill.*, 1913, p. 177.

Cependant, en sens opposé, Trib. civ. Albi, 6 août 1908, *Journ. Faill.*, 1908, p. 451 qui voit dans les dépens un accessoire de la créance principale.

ment devrait plutôt conduire à mettre tous les dépens à la charge de la masse.

M. Percerou défend cependant le principe de partage par moitié, mais pour un autre motif : « La séparation des biens après faillite, écrit-il, n'est pas, en réalité, une mesure de préservation des droits de la femme, le désaisissement y suffirait, mais une mesure préliminaire à la réalisation des biens du failli qui, sans une liquidation préalable de la communauté existant entre les époux, serait pratiquement impossible. Comme la femme et la masse des créanciers ont un intérêt égal à cette liquidation, il est juste de leur faire supporter, chacun par moitié, les frais du jugement qui l'a rendu possible » (1).

Cette conception devrait aboutir plutôt à laisser une moitié des dépens à la charge exclusive de la demanderesse. Ce serait d'autant plus naturel, qu'à bien envisager les choses, la part de dépens attribuée au mari ne devrait jamais pouvoir être admise chirographairement dans la masse. Il est impossible d'y voir un accessoire de la créance de reprises de la femme, car tout en nous refusant à voir dans la condamnation aux dépens, la réparation d'une faute commise, il nous paraît incontestable que cette créance est l'œuvre du jugement qui l'a prononcée postérieurement à la déclaration de faillite. Comment en pourrait-il être autrement d'ailleurs puisqu'elle n'existe qu'en fonction de ce jugement.

Il nous paraît donc plus équitable et plus juridique d'opérer une ventilation entre les frais exposés contre le syndic et ceux exposés contre le mari (2). Serait-il juste,

(1) PERCEROU, *op. cit.*, I, n° 547.

(2) C'est la solution que proposait l'avocat-général Desjardius devant la Cour de Cassation.

en effet, si l'un des défendeurs a présenté des moyens de défense qui ont entraîné des frais élevés, d'en faire supporter la moitié à l'autre ? et surtout, comme ces contestations seront, à peu près certainement l'œuvre du syndic, doit-on priver la femme d'une partie des frais qu'elle aura dû avancer ?

Malgré les difficultés matérielles d'un tel calcul, plusieurs décisions ont admis que la masse n'était débitrice des dépens que pour les frais avancés contre le syndic (1), mais elles ont reconnu la femme associée dans la masse pour le reste. Il faudrait, à notre avis, dire que dette du failli postérieure au dessaisissement, ces frais pourront seulement être réclamés au mari revenu à une situation meilleure.

D) Au contraire, les autres demandes intéressant à la fois les droits de famille et les droits patrimoniaux du débiteur, telles : la séparation de corps, le divorce, la recherche de paternité, n'exigent pas la mise en cause du syndic, parce que leur caractère moral domine de beaucoup le côté matériel de l'affaire ; et par conséquent, il ne peut plus être question de mettre à la charge de la masse tout ou partie des dépens du jugement intervenu au cours de la procédure de faillite ou de liquidation judiciaire (2). On admet généralement qu'ils constitueront une créance dans la masse si la demande était antérieure au dessaisissement. Il vaudrait

(1) Voir notamment Dijon, 15 juill. 1891, D. 1892.2.504 ; Trib. civ. Narbonne, 9 mars 1897, *Journ. Faill.*, 1897, p. 513 ; Trib. civ. Villeneuve-sur-Lot, 10 août 1898, *Journ. Faill.*, 1898, p. 429 ; Trib. civ. Compiègne, 22 janv. 1913, *Journ. Faill.*, 1913, p. 177.

(2) En ce sens, LYON-CAEN et RENAULT, *op. cit.*, t. VII, n^{os} 559 et s.

mieux décider qu'ils restent au dehors de la faillite parce que nés après le dessaisissement du débiteur.

Mais si le syndic intervenait dans une telle instance pour défendre les intérêts de la masse qu'il juge menacés, il est certain que les frais rendus nécessaires, pour répondre à son intervention constitueraient une dette personnelle de la masse.

La Cour d'appel de Dijon, dans un arrêt du 2 décembre 1881 (1), a jugé dans ce sens que si un syndic mis en cause pour rendre opposable à la masse une demande en provision « ad litem » et en pension alimentaire au cours d'une instance en séparation de biens, a contesté l'importance de la somme requise, la masse est débitrice des frais provoqués par cette intervention.

Remarquons qu'elle y eut été exposée même si le syndic n'avait soulevé aucune objection, car sa mise en cause était nécessaire en raison de l'intérêt que la masse avait dans cet incident, mais leur chiffre eut été moins élevé.

SECTION III. — LES IMPOTS DE LA MASSE (2)

Quand elle continue l'exploitation du fonds du failli, la masse devient débitrice de tous les impôts commerciaux et notamment de la taxe sur le chiffre d'affaires et de la patente. Si elle laisse les choses en état, le fisc

(1) Dijon, 2 déc. 1881, S. 1883.2.153.

(2) Consulter : PERCEROU, *op. cit.*, II, n^{os} 1735 et 1736 ; H. MAZEAUD, article précité ;

et *Du Recouvrement des impôts directs dus par des contribuables en état de faillite ou en liquidation judiciaire*, édité à l'usage des percepteurs par la Recette Centrale des Finances de la Seine et contenant les 53 conventions-types intervenues entre la Recette Centrale

sera simplement créancier du failli pour tous les impôts que celui-ci pouvait rester devoir au jour de la déclaration de la faillite.

Dans le cas où une vente conclue par le commerçant encore « in bonis » est exécutée et payée après la faillite, la taxe sur le chiffre d'affaires correspondant à cette opération n'en sera pas moins, croyons-nous, une créance sur le failli, dans la masse. La taxe frappe la vente et non pas le paiement.

Si la faillite comprend des immeubles dans son actif il est également hors de doute que la masse est débitrice de l'impôt foncier pour la période postérieure au jugement déclaratif.

La faillite ou la liquidation judiciaire d'une société anonyme provoquent des difficultés beaucoup plus sérieuses au sujet des droits fiscaux frappant les titres émis par cette société.

Deux catégories de taxes sont perçues :

I. *Le droit de timbre institué par la loi du 5 juin 1850.* — Comme tous les actes juridiques, les titres nominatifs ou au porteur sont soumis à l'obligation du timbre. Chaque société doit faire timbrer les actions ou les obligations qu'elle émet, et le Trésor perçoit à cette occasion un droit proportionnel au capital-actions ou au capital-obligations exigible en principe au moment même de la formalité. Cet impôt venant s'ajouter aux

et la Compagnie des Syndics et Liquidateurs judiciaires près le Trib. com. de la Seine, en 1930 ;

et Albert WAHL, *Traité du régime fiscal des sociétés et des valeurs mobilières.*

Raymond FROGER, *Le privilège du Trésor en matière de contributions directes* (thèse, Paris, 1934), pp. 176 et s.

droits d'apport de 3 % obligerait les sociétés qui se constituent à déboursier de très grosses sommes avant même d'avoir pu commencer à fonctionner. Aussi, pour leur éviter des difficultés de mise en route, l'article 22 de cette loi accorde aux sociétés la faculté de contracter pour toute leur durée un « abonnement » avec l'Etat. Au lieu de le payer en une seule fois, la société versera une taxe annuelle d'environ 10 % du montant total du droit : il y a donc une sorte de spéculation sur les chances de réussite de l'affaire.

II. *La taxe de transmission instituée par la loi du 3 juin 1857*. — Cette taxe frappe la circulabilité de tous les titres qui peuvent se transmettre soit par négociation en bourse, soit par cession, et d'une façon générale de toute autre manière que par transfert sur les registres de la société. Comme il ne saurait être question de frapper individuellement chacune des transmissions, le droit est calculé forfaitairement d'après les indications fournies par la société. Dans ce but la loi a imposé à la société émettrice deux obligations :

1° De remettre à la fin de chaque trimestre au bureau de l'enregistrement du siège social, le relevé des transferts et des conversions au porteur des titres nominatifs qui ont eu lieu pendant ces trois mois, ainsi que l'état des actions ou obligations soumises à la taxe annuelle, pour permettre au receveur de calculer le montant de l'impôt.

2° De faire l'avance de la taxe, sauf à la recouvrer contre les porteurs, quand elle leur versera leurs dividendes ou intérêts.

Quels seront les effets de la faillite de la société sur la perception de ces droits ?

Pour tous les droits échus au jour du jugement déclaratif l'administration est créancière de la société faillie, et donc associée dans la masse. Cependant, quant à l'abonnement au timbre, le Trésor bénéficie du privilège des contributions directes institué par l'article 76 de la loi du 28 avril 1816, pour l'année échue et l'année courante (1).

Pour les droits venant à échéance postérieurement quelle sera la situation de l'Administration de l'Enregistrement ?

L'article 24 § 1^{er} de la loi de 1850 dispense du droit de timbre les actions d'une société en liquidation (quel que soit le motif de cette liquidation : volontaire ou forcée), mais cette disposition n'a pas été reproduite dans l'article 39 qui concerne les obligations, ni dans la loi de 1857. Il s'ensuit que les droits de timbre sur les obligations et la taxe de transmission sur toute les catégories de titres continuent à être due après la déclaration de faillite (2), mais par qui ?

Deux conceptions vont naturellement s'opposer. L'Enregistrement se prétend créancier de la masse, les syndics répondent que ce ne sont là que des dettes de la société faillie. Les arguments présentés en faveur de ces thèses ont varié suivant les époques.

Le Tribunal civil de la Seine se prononça, par jugement du 19 janvier 1907 (3) dans les circonstances suivantes : La Compagnie d'assurances « L'Espérance »,

(1) Mais pour ces années là seulement : Trib. civ. Seine, 20 janv. 1900, S. 1901.2.310, et Req., 9 mai 1900, *Journ. Faill.*, 1900, p. 294.

(2) Ce point n'est plus contesté depuis un arrêt des Chambres réunies, 22 déc. 1877, S. 1878.1.225, D. 1878.1.364.

(3) Trib. civ. Seine, 19 janv. 1907, *Journ. Faill.*, 1907, p. 161.

société anonyme par actions constituée le 25 février 1897, avait émis diverses séries d'obligations au porteur pour lesquelles elle contracta l'abonnement au Timbre. La taxe annuelle de timbre ainsi que la taxe de transmission furent payés jusqu'au 30 septembre 1902. Le 1^{er} décembre 1902, la société fut mise en faillite. L'Administration produisit à la faillite pour les deux mois du 30 septembre au 1^{er} décembre, mais en ce qui concerne les taxes postérieures se prétendit créancière de la masse et décerna une contrainte contre le syndic. Ce dernier y fit opposition et assigna la Régie devant le Tribunal civil.

L'Enregistrement soutint :

1^o A l'égard du droit de timbre : que l'abonnement ne constitue pas une créance globale mais crée, chaque année, des créances distinctes au profit du Trésor pendant toute la durée des obligations originairement présentées au timbrage, et que dès l'instant où ces droits ont pris naissance, après l'ouverture de la faillite, ils ont nécessairement la masse pour débitrice.

2^o A l'égard de la taxe de transmission, que la cause même de l'impôt résidait dans la circulabilité des titres, et qu'en conséquence cette taxe était due par la masse aussi longtemps que durait cette circulabilité, qui d'ailleurs lui profitait directement, et qu'elle constituait une dépense d'administration de la faillite assimilable aux impôts qui frappent l'actif de la masse.

Le tribunal repoussa les prétentions de l'Enregistrement pour les motifs que « La théorie de l'ouverture successive des créances ne change rien à cette situation juridique consacrée par une pratique de cinquante années. Que, quand il s'agit d'obligations conditionnelles contractées avant la faillite, il importe peu que la condition

se réalise seulement après le jugement déclaratif, qu'elle rétroagit au jour de l'engagement ; qu'en l'espèce, l'impôt du timbre, malgré sa transformation en taxe annuelle d'abonnement n'en reste pas moins un impôt de consommation, dont la cause génératrice réside dans la formalité matérielle du timbrage. »

Et au sujet de la taxe de transmission : « Que cette taxe n'a d'autre cause génératrice que l'émission même effectuée sous cette forme. Que l'existence ou la circulabilité des obligations à l'expiration de chaque trimestre n'est que l'événement de la condition qui suspendait l'exigibilité des droits engendrés par des faits antérieurs accomplis par la société alors en possession de sa pleine et entière capacité... Que la Régie n'établit pas comment l'existence d'obligations qui constituent des dettes de la société peut être considérée comme un avantage pour la masse créancière. Que l'assimilation qu'elle propose est inacceptable. Que les frais d'exploitation incombent à la masse, parce que la masse exploite à son profit... Que les contributions directes (patente, impôt des portes et fenêtres, impôt foncier), en dehors même du privilège inscrit dans la loi du 10 novembre 1808, sont la contrepartie nécessaire du revenu que la masse tire des biens assujettis. Qu'au contraire, les taxes actuellement litigieuses frappent non pas un élément d'actif mais un élément passif de la faillite... » Et le Tribunal déclare que l'Enregistrement doit produire dans la masse.

Une affaire semblable se présenta devant le Tribunal civil d'Amiens, puis devant la Chambre des Requêtes : la Société Métallurgique d'Amiens fut constituée sous la forme anonyme le 19 novembre 1891. Son capital était de 200.000 francs représenté par 2.000 actions de 100 francs.

Elle émit d'autre part, 600 obligations au porteur de 500 francs. Pour tous ces titres, elle souscrivit l'abonnement au timbre ; elle en paya le droit ainsi que la taxe de transmission jusqu'au 30 septembre 1904. Le 27 février 1905, la Société fut déclarée en faillite et la date de cessation des paiements fut fixée au 2 novembre 1904. L'Enregistrement produisit à la faillite pour le mois qui lui restait dû et se prétendit créancier de la masse pour le trimestre suivant. Le syndic refusa de payer et ne lui adressa pas les états trimestriels exigés par la loi. L'Enregistrement décerna alors une contrainte le 17 mars 1908, pour obtenir paiement des treize trimestres échus et de treize amendes, pour non-déclaration des états trimestriels. Opposition du Syndic. Le Tribunal civil d'Amiens par jugement du 6 février 1909 déclara que : « Les lois fiscales n'ont créé aucun lien de droit entre l'Enregistrement et les sociétés ayant émis des titres au porteur. Seuls les titres au porteur eux-mêmes et non pas la société émettrice sont astreints à l'impôt. C'est donc à tort que l'Administration a décerné une contrainte contre le syndic, et aussi que celui-ci a offert une admission dans la masse car, la société « in bonis » n'était pas débitrice de l'impôt, mais que, simplement, la société, qu'elle soit « in bonis » ou faillie, doit faire les déclarations nécessaires pour le calcul de la taxe et faire aussi l'avance de l'impôt. »

Et en conséquence, il annule la contrainte parce que décernée pour une fausse cause, mais condamne la masse au paiement des treize amendes, parce que le syndic avait eu tort de ne pas adresser à l'Administration les états trimestriels prévus par la loi.

En somme, le tribunal donnait raison sur le fond au Trésor, et annulait la contrainte simplement parce qu'elle reposait sur un motif juridique à son avis erroné. De plus, il négligeait la question du droit de timbre.

Le syndic se pourvut en cassation pour :

« Violation et fausse application de l'article 565 du Code de commerce et des lois des 5 juin 1850 et 23 juin 1857, concernant le droit de timbre et la taxe de transmission annuelle sur les obligations au porteur des sociétés, en ce que le jugement attaqué a obligé le syndic d'une faillite à payer intégralement les droits de timbre et de transmission échus postérieurement à la faillite de la société, alors que la créance à cet égard, constituant une créance dans la masse de la faillite, et n'étant d'ailleurs affectée d'aucun privilège par la loi, était, conformément au droit commun, soumise à la loi du dividende, et devait par suite venir seulement au marc le franc. »

La Chambre des Requêtes, dans son arrêt du 8 mars 1910 (1), confirma le jugement mais pour d'autres motifs : « Attendu que par application des lois susvisées une société est tenue de payer l'abonnement au timbre et la taxe de transmission, tant que les titres de cette nature demeurent négociables ; attendu que la mise en faillite d'une société ne saurait modifier les conditions d'exigibilité de ces taxes, puisque l'admission dans la faillite des obligations au porteur n'a pas pour effet d'en opérer l'extinction ou d'empêcher leur circulation. Que les titres demeurent donc soumis à l'abonnement au timbre

(1) Req., 8 mars 1910, *Journ. Faill.*, 1910, p. 145, S. 1912.1.473 (note WAHL), D. 1911.1.141.

qui a été contracté pour toute leur durée et à la taxe de transmission. Que les sociétés sont tenues de faire l'avance de l'impôt ; que postérieurement à la mise en faillite, la masse, représentée par le syndic, est substituée à cette obligation destinée à assurer le recouvrement d'impôts dont l'exigibilité persiste malgré l'état de faillite, sauf le recours de la masse contre les porteurs de titres qui en sont personnellement débiteurs. »

C'est encore ce même motif : impôts attachés à l'existence et à la circulabilité des titres, qu'invoque le Tribunal civil de la Seine dans un jugement du 23 juin 1923 (1) : « Attendu que si la taxe d'abonnement est la représentation du droit au comptant, la création des titres en manière d'abonnement n'engendre pas une dette unique dont le paiement est échelonné par fractions trimestrielles, mais au contraire autant de dettes successives qu'il y a de termes à échoir, dettes parfaitement distinctes les unes des autres ; que de même, les droits de transmission exigibles pour chaque trimestre constituent autant de créances distinctes naissant à chaque échéance trimestrielle au profit du Trésor. »

Il s'agissait dans cette affaire d'obligations émises par la Compagnie des Chemins de fer de la province de Buenos-Aires, société mise en liquidation judiciaire le 22 septembre 1914 et ayant obtenu un concordat, devenu définitif le 13 février 1919. L'Enregistrement, s'il acceptait d'être soumis au concordat pour les droits antérieurs à la liquidation judiciaire, s'y refusait pour ceux postérieurs.

(1) Trib. civ. Seine, 23 juin 1923, *Gaz. Trib.*, n^{os} 28-29 mars 1924 et dans le même sens, un autre jugement du même Trib. du 13 déc. 1918 (affaire Chemin de fer d'Ethiopie).

Le syndic se pourvut en cassation en présentant un moyen divisé en deux branches :

1° Cette double taxe a cessé d'être exigible par suite de l'affirmation des créances représentées par les titres d'obligations.

2° En admettant que les droits réclamés fussent dus ils ne sauraient être réclamés qu'en monnaie de dividende.

L'affaire vint devant la Chambre des Requêtes, le 16 novembre 1925 (1). Elle se prononça en faveur de l'Enregistrement : « Attendu qu'une société est tenue de payer l'abonnement au timbre sur les obligations qu'elle a émises, jusqu'à leur annulation, et la taxe de transmission sur les actions et obligations au porteur et sur celles dont la transmission peut s'opérer autrement que par un transfert sur les registres de la société, tant qu'elles demeurent négociables par les voies ordinaires.

« Attendu que ni l'admission au passif d'une liquidation judiciaire ni l'affirmation ne sauraient avoir pour effet de changer la nature des titres, que si elles peuvent en fait, rendre leur circulation moins libre et moins facile, elles n'en opèrent pas l'extinction, et ne rendent pas nécessaire pour en effectuer la transmission à l'avenir, une déclaration de transfert sur les registres de la société. Que les titres, même produits et affirmés demeurent donc soumis à l'abonnement au timbre, lequel a été souscrit pour toute leur durée et à la date de transmission, dont la loi exempte seulement les actions et les obligations qui ne se négocient que par la voie du transfert sur les registres de la société.

(1) Req., 16 nov. 1925, D. H. 1925, p. 668, *Journ. Faill.*, 1926, p. 13.

« Que les sociétés sont tenues de faire l'avance de l'impôt, que la créance du Trésor ne peut donc être considérée comme née avant la mise en liquidation judiciaire, et que, par suite, au cours de la liquidation, la masse représentée par le liquidateur est substituée à la société pour l'exécution d'une obligation qui persiste, sauf le recours de la masse contre les porteurs de titres qui en sont personnellement débiteurs ».

Désormais, la jurisprudence est fixée : la masse est personnellement débitrice des droits de timbre sur les obligations et de la taxe de transmission sur les actions et obligations pour tous les trimestres postérieurs à la faillite, sauf son recours contre les porteurs pour le second de ces droits, parce que, dit la Chambre des Requêtes, les taxes sont attachées à l'existence juridique et à la circulabilité des titres. La masse succédant à la société faillie en devient débitrice en ses lieu et place.

La majorité des auteurs critique cette jurisprudence.

M. Wahl, dans la note que nous avons citée (1), fait remarquer que les taxes frappent en réalité la création des titres, et que le droit existe par conséquent dès ce moment-là. M. Percerou cependant, s'il voit dans le droit de timbre, une dette de la société faillie, déclare que la taxe de transmission qui est une obligation légale de faire l'avance de l'impôt est « une obligation successive qui, à chaque échéance trimestrielle renaît comme obligation de la masse et non dans la masse. » M. Mazeaud fait remarquer, au contraire, que c'est plutôt là une preuve en faveur de la thèse des syndics : « Comment, écrit-il, la masse pourrait-elle être contrainte de payer

(1) Note précitée, S. 1912.1.473.

pour les porteurs de titres, elle n'a aucune qualité pour les représenter. »

Il est, en effet, difficile de prétendre que ces deux impôts grèvent personnellement la masse.

Et d'abord, à l'égard du droit de timbre : en dépit de l'expression d' « abonnement » employée par la loi, on ne peut pas voir une convention intervenue entre le Trésor et la société, dans la modalité choisie par celle-ci pour le paiement de l'impôt. La loi qui frappe d'un droit l'émission des titres, laisse deux alternatives aux assujettis pour se libérer : paiement en une seule fois ou par annuités, mais il s'agit toujours de la même dette qui existe complètement dès le jour de l'émission.

Qu'une modalité de paiement différente soit accordée à la société ne change rien à la nature de son obligation. Dette du failli, la taxe, payable par trimestre ou en une seule fois, ne peut être autre chose qu'une créance dans la masse.

Cette solution doit être étendue à la taxe de transmission.

Ce que la loi a voulu frapper, ce n'est pas tant les négociations faites sur les titres, — il lui aurait été facile de les atteindre chez l'agent de change ou le coulissier, et elle le fait sous la forme d'un impôt sur les opérations de bourse, — mais le caractère de négociabilité donné aux titres. Et là encore l'acte générateur de la dette, c'est l'émission des titres. Puisque cette émission est antérieure à la faillite, la taxe ne devrait être qu'admise dans la masse. Sans doute, y a-t-il une différence essentielle entre ces deux taxes : la société est personnellement astreinte au droit de timbre, tandis qu'elle est seulement

le collecteur, obligé d'en faire l'avance, de la taxe de transmission qui incombe au porteur.

Après faillite, la masse succède à la société émettrice dans cette obligation de faire l'avance de l'impôt, mais, comme à l'égard de toutes les autres dettes, elle n'est obligée de l'exécuter qu'en monnaie de dividende : elle devrait donc être tenue de verser au Trésor le montant de la taxe, mais seulement d'après une évaluation provisoire du dividende devant revenir aux créanciers, et sous réserve d'un apurement ultérieur du compte au cas où le dividende des porteurs de titres dépasserait les sommes que la masse était obligée à verser en leur nom au Trésor.

Le Trésor n'est créancier de la société que pour l'avance de l'impôt, mais il est créancier des porteurs pour le paiement définitif. Il ne peut donc pas être soumis à la loi du dividende s'il reste quelque chose à attribuer aux porteurs dans la faillite de la société émettrice. Il est dans la situation d'un créancier qui aurait opéré saisie-arrêt sur les sommes revenant à son débiteur. Le syndic devrait donc retenir sur le dividende revenant à ces porteurs, la somme nécessaire pour verser au Trésor le complément de la taxe, et pour rembourser à la masse les avances que la loi l'a obligée à faire. Cette somme ferait alors l'objet d'une seconde répartition. Sans doute, le Trésor serait en définitive payé par préférence sur l'actif de la masse, comme il le réclamait, mais du moins pas immédiatement. Et il ne pourrait empêcher, comme dans le système de la Cour de Cassation actuellement en vigueur, toute continuation du commerce au profit de la masse, en la privant des fonds de roulement nécessaires.

Le Trésor apparaîtrait donc comme un véritable

créancier privilégié, non pas de la société faillie, mais des porteurs de titres, sur les sommes qui doivent leur être versées, soit à titre d'intérêt ou de bénéfice, soit en raison d'une liquidation volontaire ou forcée de cette société.

Et tel était bien le but pour lequel le législateur a imposé à la société l'avance de la taxe.

Voir dans le droit de timbre et l'obligation de faire l'avance de la taxe de transmission une série de dettes de la société émettrice, indépendantes les unes des autres et renaissant tous les trois mois, aboutirait, bien au contraire, à faire une situation moins bonne au Trésor.

Les principes que nous avons dégagés au sujet des autres obligations de failli, s'appliquent tout aussi bien aux impôts. La masse ne peut être obligée personnellement que par les contrats, les quasi-contrats ou les délits nés directement à sa charge, ou par les contrats du failli qu'elle a repris expressément, ou tacitement en en tirant profit. Elle ne doit payer les dettes du failli antérieures au dessaisissement qu'en monnaie de dividende après avoir admis le créancier parmi les associés qui la composent. Les dettes postérieures lui sont inopposables en toutes qualités, et par conséquent, si le Trésor prétend que les termes échus après la faillite constituent des créances indépendantes, nées à ce moment, il ne pourra en obtenir paiement que si la société ayant obtenu son concordat, revient à prospérité. Quant à soutenir que l'existence et la négociabilité des titres constituent un avantage pour la masse, c'est un argument dont le Tribunal civil de la Seine, dans son jugement de 1907, a pleinement fait justice,

La seule obligation que ces taxes puissent mettre à la charge personnelle de la masse, c'est celle d'adresser à l'administration de l'Enregistrement, les états trimestriels prévus par la loi. Il y a là une obligation de faire qui n'est pas susceptible d'exécution partielle.

SECTION IV. — LES ALIMENTS ACCORDÉS AU FAILLI (1)

Après le jugement déclaratif, le failli est, nous l'avons vu, dépouillé de tous ses biens. Par souci d'humanité, pour éviter qu'un commerçant, peut-être plus malheureux que maladroit, ne se trouve, du jour au lendemain, réduit à la misère, la loi a imposé à la masse de le secourir ainsi que sa famille.

La procédure suivie varie suivant l'époque de la faillite. Pendant la période préparatoire, l'article 474 C. com. décide que « le failli pourra obtenir pour lui et sa famille, sur l'actif de la faillite, des secours alimentaires qui seront fixés sur la proposition des syndics, par le juge-commissaire, sauf appel au Tribunal en cas de contestation. »

Les créanciers n'ont donc pas à intervenir. Le syndic et le juge-commissaire, décideront seuls si le failli doit obtenir des secours et dans quelle mesure.

Au contraire, au cours de l'union, l'article 530 prévoit que « les créanciers seront consultés sur la question de savoir si un secours pourra être accordé au failli sur l'actif de la faillite. Lorsque la majorité des créanciers présents y aura consenti, une somme pourra être accordée au failli, à titre de secours sur l'actif de la faillite.

(1) Consulter PERCEROU, *op. cit.*, I, n° 453 et s.

Les syndics en proposeront la quotité qui sera fixée par le juge-commissaire, sauf recours au Tribunal de commerce, de la part des syndics seulement ».

Les créanciers devront donc décider si des secours seront octroyés au failli, mais ils ne pourront en fixer le montant. Pratiquement, ils n'en voteront jamais le principe, sans s'être, au préalable, mis d'accord avec le syndic sur la somme accordée.

Comme la loi a pourvu par des secours en espèces, à la nécessité de ne pas laisser le débiteur dénué de toute ressource, on en conclut que les dispositions des articles 592 et 593 du Code de procédure civile sur les meubles insaisissables sont inapplicables à la masse. Son « ensaisissement » sur les biens du failli s'exercera donc même sur les meubles que le Code de Procédure civile place hors la main mise des créanciers.

En pratique d'ailleurs, il arrivera très souvent que le syndic charge le failli de gérer le fonds au nom de la masse pour toute la durée de la période préparatoire. Il lui allouera alors pour son existence une somme qui constituera un véritable salaire (1).

En cas de liquidation judiciaire le débiteur en liquidation se le verra toujours accordé.

Nous avons ainsi achevé l'étude des sources des dettes de la masse. Il nous faut examiner comment et dans quel ordre elles doivent être acquittées.

(1) Voir cependant, civ., 11 juill. 1934, S. 1934.1.183, cf. *supra*, p. 345.

TROISIÈME PARTIE

Règlement des dettes de la masse

La majeure partie des dettes de masse sont réglées comptant par le syndic sur les fonds de la faillite. Et, souvent, les Tribunaux de commerce se refusent à homologuer le concordat s'il reste des créances de cette catégorie très importantes, parce que le dividende promis aux créanciers du failli risquerait d'en être trop réduit.

Cependant les dettes pour lesquelles un terme a été convenu, les dettes dont la masse conteste l'existence ou le quantum (celles qui ont pour cause un délit par exemple) ne pourront pas être payées avant la fin de la période préparatoire. Il convient d'y ajouter naturellement les créances qui pourraient naître contre la masse au cours de l'union.

Dès lors, se posera, à propos de leur règlement, la question des rapports entre les créanciers de la masse, d'une part, et de l'autre les créanciers du failli, ordinaires, privilégiés, ou postérieurs au jugement déclaratif.

Leur situation sera différente selon la solution donnée à la faillite.

CHAPITRE PREMIER

Règlement des dettes de la masse après concordat

Un concordat a été voté alors que des créanciers de la masse n'étaient pas encore désintéressés. Malgré cela, le Tribunal a accepté de l'homologuer. Quels seront les droits de ces créanciers ?

Pour le comprendre, il faut encore faire appel à l'idée de « *Personnalité morale* » de la masse qui a dominé toute notre étude, et faire un étroit rapprochement avec la situation où se trouvent les créanciers d'une société, en cas d'absorption, ou de fusion de la société débitrice dans une autre société.

Le concordat n'est pas en effet un accord intervenu entre le failli et chacun de ses créanciers considérés « *ut singuli* », mais une convention passée entre le failli et la personne morale « masse » (1). C'est un contrat par lequel la masse cède au failli tout son patrimoine (qui est, ne l'oublions pas, plus étendu que celui dont le débiteur a été presque entièrement exproprié au profit de la masse, par le jugement déclaratif), pour un prix déterminé représentant une quote-part de la dette payable à échéance déterminée. Une clause, devenue de style dans les

(1) En ce sens, PERCELOU, *op. cit.*, II, n° 1289.

concordats, prévoit que le failli prendra à sa charge les dettes de la masse subsistant encore, et dont le montant sera déduit du dividende promis. Parfois aussi, ce dividende est calculé directement en tenant compte des dettes de la masse que le débiteur s'engage à acquitter.

§ 1^{er}. — *Effet du concordat à l'égard des créanciers de la masse*

Le concordat est à l'égard des créanciers de la masse une « res inter alios acta », la réduction de la dette ne leur est évidemment pas opposable. Cela ressort d'une façon certaine de l'article 516 du Code de commerce et n'a d'ailleurs jamais été sérieusement contesté (1).

L'engagement pris par le failli concordataire envers la masse, de payer les créanciers, constitue une véritable stipulation pour autrui, selon les termes de l'article 1121 du Code civil. Après acceptation des créanciers de la masse, il sera devenu personnellement leur débiteur, et par conséquent ces créanciers pourront le poursuivre sur tous les biens qu'il aura acquis par la suite. Cette acceptation se produira nécessairement puisque le concordat aura pour premier effet de dissoudre la masse. Les créanciers de celle-ci devront bien subir l'opération par laquelle elle met fin à sa vie juridique et vend son actif comme les créanciers d'une société sont obligés de se soumettre à la

(2) En ce sens, LYON-CAEN et RENAULT, VII, n° 631 ; LACOUR et BOUTERON, II, n° 1911 ; PERCEROU, II, n° 1379 ; Cass., 11 fév. 1845, D. 1845.1.158 ; S. 1845.1.81 ; Cass., 2 fév. 1849, S. 1849.1.176 ; Trib. com. Seine, 5 oct. 1860, D. 1860.5.70 ; Trib. com. Seine, 3 avril 1891, *Journ. Faill.*, 1891, p. 262 ; Rouen, 31 déc. 1898 (motifs) : D. 1899.2.436,

liquidation volontaire, la fusion, ou l'absorption par une autre société, de leur débitrice.

Mais, comme à l'égard des créanciers d'une société, nous pensons que les créanciers de la masse peuvent attaquer un concordat qui serait fait en fraude de leurs droits, non pas sans doute par la voie de l'opposition, puisque l'article 512 du Code de commerce la réserve aux créanciers à qui le concordat est applicable, mais par la voie ordinaire de l'action paulienne de l'article 1167 du Code civil.

L'homologation du concordat ne saurait d'ailleurs les priver de ce droit puisqu'elle n'enlève pas à cet accord son caractère contractuel. Ce n'est qu'une mesure de contrôle imposée par la loi, semblable à celle prise pour assurer la protection des incapables. Cette question ne pourra presque jamais se poser sur un terrain pratique, car le tribunal de commerce veillera toujours à ce que les créanciers de la masse ne soient pas sacrifiés. Bien rares d'ailleurs seront les cas où les créanciers du failli auront intérêt à s'entendre avec leur débiteur pour frauder les créanciers de la masse, puisque, ainsi que allons le voir, ils ne pourront toucher aucun dividende avant que ces derniers ne soient intégralement payés.

La seule fraude possible serait de convenir entre eux de majorer toutes les dettes que le failli pourra, après concordat, contracter envers les créanciers anciens, car créanciers de la masse et créanciers du failli postérieurs au jugement déclaratif ou au concordat ont un droit de poursuite égal sur tous les biens que possède ou acquerra par la suite le concordataire rétabli dans ses droits.

§ 2. — *Rapports entre créanciers de la masse
et créanciers chirographaires du failli après concordat*

Du point de vue interne de la masse, le concordat est l'acte par lequel, elle décide de mettre fin à son existence juridique et de partager entre ses membres les sommes qu'elle a obtenues par la cession globale de son actif.

Les rapports entre créanciers de la masse et créanciers ordinaires du failli seront ceux que nous avons indiqués comme étant la conséquence nécessaire de la personnalité morale de la masse.

Les créanciers de la masse ont droit à leur paiement, les créanciers du failli associés dans la masse, ont simplement droit à un partage de l'actif net. Il s'ensuit donc, que les créanciers chirographaires du failli ne pourront toucher la moindre somme sur le dividende qui leur est promis, tant que les créanciers de la masse n'auront pas été complètement payés. Le débiteur concordataire aura tout intérêt à respecter cette obligation, car étant tenu personnellement par une clause du concordat au règlement des dettes de la masse, il ne pourrait jamais opposer aux créanciers de la masse, qu'il a entièrement versé le dividende stipulé. Si une telle clause n'avait pas été prévue dans le concordat, il est certain cependant, que le débiteur concordataire, prévenu de l'existence des dettes de la masse, commettrait une lourde faute engageant sa responsabilité, en versant un dividende au détriment des créanciers de la masse. Ceux-ci d'autre part pourraient aussi, pour plus de garantie, pratiquer une saisie-arrêt entre ses mains sur les sommes à verser.

Après que le concordat sera devenu définitif, il se pourra que les créanciers privilégiés du failli qui n'avaient pu, ou n'avaient voulu, exercer auparavant leur droit de poursuite que la faillite n'avait pas suspendu, réclament leur paiement. D'autre part, le débiteur a pu, après sa faillite, faire de nouvelles dettes, comme il pourra en contracter après le concordat. Ces nouveaux créanciers pourront évidemment exercer leur droit sur tous les biens ainsi restitués à leur débiteur. Il n'y a aucune séparation de patrimoine entre les biens qui formaient l'actif de la masse et ceux acquis ultérieurement, par le failli concordataire.

Ni les uns ni les autres de ces créanciers, ne pourront pratiquement nuire aux créanciers de la masse. En effet, les créanciers ordinaires du failli qui ne peuvent, nous avons expliqué pourquoi, recevoir leur dividende tant que les créanciers de la masse ne sont pas payés, ne manqueraient pas, au cas où le débiteur concordataire ne pourrait régler ces diverses catégories de créanciers qui leur sont préférables, de demander la résolution du concordat, provoquant ainsi la réouverture de la faillite qui aurait bien des chances alors de se terminer en état d'union (art. 524 C. com.) (1). C'est la situation des créanciers de la masse quand la faillite vient à se clore par l'union que nous allons étudier maintenant.

(1) Voir PERCEROU, *op. cit.*, II, n^{or} 1381 et s., 1388, 1389 et 1390.

CHAPITRE II

Règlement des créanciers de la masse en cas d'union

L'union est l'état dans lequel sont placés les créanciers du failli quand les propositions de concordat n'ont pas abouti. Cette phase de la procédure de la faillite a pour objet d'achever l'expropriation du failli commencée par le dessaisissement, de vendre ses biens, et d'en répartir la valeur selon l'ordre que nous allons déterminer. Du point de vue intérieur de la masse, l'union correspond à la liquidation, et au partage de l'actif entre les associés d'une société, après paiement des créanciers sociaux.

Quand le syndic aura converti en argent liquide le patrimoine de la masse et voudra répartir cette somme, il se trouvera en présence de trois catégories de créanciers :

1° Les créanciers privilégiés du failli, demeurés en dehors de la masse, et qui pour une raison quelconque, n'auront pas poursuivi la vente des biens affectés à la garantie de leur créance.

2° Les créanciers ordinaires du failli qui sont associés dans la masse.

3° Les créanciers de la masse.

Que toute la catégorie des créanciers de la masse doive être payés avant la catégorie des créanciers du failli, cela résulte, nous l'avons rappelé dans le chapitre précédent, de la personnalité morale de la masse, du caractère de créanciers sociaux des premiers opposé au caractère d'associés des seconds ! Mais lesquels doivent être payés les premiers, des créanciers privilégiés du failli ou des créanciers de la masse ?

§ 1^{er}. — *Concours entre créanciers privilégiés du failli et créanciers de la masse*

La question n'est pas douteuse à l'égard des créanciers privilégiés spéciaux : tels le conservateur de la chose, le bailleur d'immeuble, l'aubergiste, ou le transporteur, qui ont un véritable droit de gage sur l'objet ou la quotité de meubles affectés à leur garantie. La masse ne s'en est ensaisie que diminuée du droit réel qui les grevait ; elle n'a pu les constituer en gage à ses propres créanciers, que dans l'état juridique où elle les a trouvés. C'est l'application pure et simple de l'adage « nemo plus juris transferre potest quam ipse habet ».

Plus discutée sera la détermination du rang des créanciers à privilèges généraux. Il importe de bien délimiter le champ du conflit. Un certain nombre de créanciers du failli sont munis, en raison de la qualité de leurs créances, d'un privilège général sur tous les biens, meubles ou immeubles du failli, soit par l'article 2101 du Code civil, soit par des lois restées en dehors du code, tel est le cas notamment du Trésor, privilégié en vertu de la loi du 12 novembre 1808.

Ces créanciers à privilège général, comme ceux à privilège spécial, restent en dehors de la masse. Leur droit de poursuite n'est pas suspendu, ils peuvent à tout moment saisir et vendre les biens du failli pour recouvrer les sommes qui leur sont dues (sauf cependant les immeubles après l'ouverture de l'union, art. 572 C. com.).

Il arrive qu'en pratique, ils n'aient pas exercé leur droit, soit qu'ils n'aient pas voulu nuire à la bonne marche de la liquidation, soit que leur créance fut contestée et qu'un jugement n'intervînt en leur faveur qu'au cours de la procédure de faillite. Quand il voudra répartir les fonds, le syndic se trouvera donc en présence, ainsi que nous l'avons rappelé, de :

1° Les créanciers du failli à privilège général qui peuvent faire valoir leur droit de préférence sur le prix de tous les biens appartenant à leur débiteur le jour de la déclaration de faillite, biens qui, nous nous en souvenons, forment l'essentiel du patrimoine de la masse.

2° Les créanciers de la masse, à la garantie de qui la totalité du patrimoine de celle-ci était affecté.

Les uns et les autres voulant être payés les premiers, si les fonds réalisés par le syndic sont insuffisants pour donner satisfaction à tous, quelle catégorie doit être préférée ?

Avant de prendre parti, il convient d'éliminer du débat une prétendue catégorie de dettes privilégiées du failli : les frais de justice (1). Les frais de justice, c'est-à-dire les dépenses faites pour mettre le débiteur en faillite, conserver et liquider le patrimoine de la masse, ne sont préférables qu'aux créances pour le recouvrement desquelles

(1) Conf. *supra*, première partie, pp. 28 et s.

ils ont été utiles (1). On ne peut en conséquence les opposer qu'aux créanciers du failli, considérés non pas « ut singuli » mais en tant qu'associés dans la masse. Ils ne constituent pas une dette du failli, privilégiée par rapport à ses créanciers, mais bien une dette de ceux-ci collectivement. Les frais de justice sont une dette de la masse et c'est le motif qui les rend préférable aux dettes chirographaires du failli. M. Percerou écrit à ce propos : « On peut du reste, au lieu d'invoquer le privilège de l'article 2101, § 1, C. civ., se baser — et ce second système va selon nous plus au fond des choses — sur l'idée que ces frais, ayant été exposés dans l'intérêt du syndicat des créanciers, constituent une obligation, non pas dans la masse, mais de la masse » (2).

Le conflit se produira donc entre les créanciers privilégiés du failli, autre que ceux pour « frais de justice », et en particulier le Trésor, quand et dans la mesure où il est privilégié (3) d'une part, et les créanciers de la masse de l'autre.

Les créanciers de la masse soutiennent qu'ils doivent être payés les premiers parce que les créanciers privilégiés du failli dont le gage porte sur tout l'actif de la masse, ont le même intérêt économique que les créanciers chirographaires associés dans la masse. En contribuant par nos avances ou nos fournitures à maintenir la

(1) Conf. Req., 2 fév. 1897, *Journ. Faill.*, 1897, p. 97 ; S. 1899.1.393 ; Req., 1^{er} avril 1890, *Journ. Faill.*, 1890, p. 241 ; *Annales dr. com.*, 1890.1.127 ; Dijon, 3 fév. 1904, *Journ. Trib. com.*, 1906, p. 729.

(2) PERCEROU, *op. cit.*, II, n° 920 bis et voir *supra*, première partie, p. 31.

(3) Au sujet des créances privilégiées du Trésor, consulter ALLIX, *Traité élémentaire de science des finances et de législation financière française*, pp. 233, 461, 651 et 769.

valeur de cet actif, disent-ils, nous avons conservé le gage des premiers comme des seconds ; nous devons donc être considérés comme les créanciers de tous. Les privilèges pourront sans doute jouer entre créanciers du failli, ils ne nous seront jamais applicables (1).

A cela les créanciers privilégiés répondent : Vous êtes créanciers, non pas parce que vous auriez, d'une façon plus ou moins certaine conservé le gage des créanciers du failli, mais en vertu d'une obligation contractée au nom de la masse par le syndic, ou née de son fait, ou encore établie impérativement par la loi. Votre débiteur, ce n'est pas chacun des créanciers, mais la personne morale « masse ». Comment nous, qui ne faisons pas partie de la masse, pourrions-nous être tenus de ses obligations ? Elles constituent à notre égard, une « res inter alios ». Nous exécutons les biens de notre débiteur, parce que nous n'avons à connaître personne d'autre que lui.

La question se présenta pour la première fois en jurisprudence en 1893, mais les circonstances de la cause ne permirent pas à la Cour de cassation de la trancher nettement en principe. La Société de la Grande Distillerie du Midi fut mise en liquidation judiciaire le 24 septembre 1889, puis cette liquidation fut convertie en faillite, et le liquidateur Dossugue nommé syndic. Au nombre des créanciers figuraient les sieurs Liotard, Villamot et Chamayon, employés de la société, qui étaient privilégiés pour leurs salaires du mois de septembre 1889, et la Régie des Contributions indirectes, créancière également privilégiée, qui avait délivré contrainte dès le mois d'août,

(1) En ce sens, PRÉVOST et PISSAVY, *Formulaire de la Faillite et de la Liquidation judiciaire*, p. 67.

par conséquent avant l'admission de la société à la liquidation judiciaire.

Craignant une vente forcée, les créanciers réunis en assemblée générale, le 24 octobre 1889, autorisèrent le liquidateur à emprunter aux sieurs Courtois et C^{ie}, banquiers à Toulouse, une somme de 39.000 fr. pour désintéresser la Régie. L..., V... et C... votèrent l'emprunt, mais quand Courtois et C^{ie} voulurent se faire rembourser par préférence aux créanciers du failli, ils contestèrent sa demande, parce qu'ils se prétendaient privilégiés par rapport à eux. Le Tribunal de commerce de Toulouse, par jugement du 16 mars 1892, leur donna gain de cause pour le motif, d'ailleurs erroné, que la Régie n'est privilégiée que sur les objets mobiliers, tandis que les employés sont privilégiés sur tout l'actif, et que par conséquent l'emprunt n'avait pas à leur égard le caractère de frais de justice. Il ajoutait ensuite que même en admettant que Courtois et C^{ie} soient substitués aux droits de la Régie, bien qu'aucune subrogation n'ait été prévue, le vote des employés ne constituait pas une cession d'antériorité. La Cour d'appel confirma le jugement, par un arrêt du 16 juin 1892 précisant en outre que toute avance faite à un syndic ne constitue pas nécessairement des frais de justice.

Sur pourvoi, la Chambre civile cassa cette décision, le 10 juillet 1893 (1), parce que, dit-elle, « les avances faites par un tiers au syndic d'une faillite agissant dans la limite de ses pouvoirs pour la conservation, la réalisation et la liquidation de tout ou partie de l'actif, ont le caractère de frais de justice ; que par suite la créance qui en

(1) Civ., 10 juill. 1893, D. 1893.152.

résulte est assortie du privilège de l'article 2101, § 1^{er} du Code civil, que ce privilège s'exerce sur tout l'actif mobilier, sans qu'il y ait à rechercher si l'emprunt ainsi contracté constituait un acte de bonne administration et s'il a réellement profité à la gestion ».

Il eut mieux valu, selon nous (1), voir dans l'avance faite par les banquiers, un prêt consenti à la masse plutôt que des frais de justice, et se demander, dans ces conditions, lesquelles sont payables les premières des dettes privilégiées du failli ou des dettes de la masse.

Cependant, la solution donnée par cet arrêt doit être approuvée pour ce cas particulier, parce que si l'emprunt contracté par le syndic ne rentrait pas, à proprement parler, dans la catégorie des frais de justice, il avait du moins procuré un enrichissement incontestable aux employés de la société faillie, en permettant de rembourser une créance préférable à la leur. Un avantage procuré, tel est bien d'ailleurs le fondement du privilège pour frais de justice (2).

Dans toute autre circonstance, elle serait, au contraire, très contestable.

Un arrêt de la Cour d'appel de Lyon, déjà cité (3), du 31 octobre 1932, admet incidemment, dans les motifs, que les dettes de la masse sont payables avant « toutes » les dettes du failli. Mais la question particulière des dettes privilégiées du failli ne lui était pas soumise, et d'ailleurs le procès avait un objet tout différent.

(1) Voir *supra*, première partie, pp. 28 et s., les raisons qui les font repousser l'application du privilège pour frais de justice en matière de contrats passés par la masse.

(2) Conf. *supra*, première partie, p. 30.

(3) Lyon, 31 oct. 1932, *Journ. Faill.*, 1933, p. 232, voir *supra*, p. 357.

Le principe même du concours entre créanciers privilégiés du failli et créanciers de la masse fut soumis à l'examen de la Cour d'appel de Caen dans les circonstances suivantes : le sieur B..., de Vire, étant tombé en faillite, la continuation de son commerce fut décidée et le Comptoir d'Escompte de l'Ouest avança à la masse les fonds nécessaires.

Certaines contributions directes privilégiées en premier rang sur tous les biens du débiteur par la loi du 12 novembre 1808 n'étant pas payées, le percepteur de Vire fit sommation au syndic d'avoir à les lui régler sur les fonds provenant de la vente de meubles dépendant de l'actif du failli. Le syndic ne s'exécutant pas, il lui fit commandement le 21 mai 1931. Opposition du syndic ; le Tribunal civil de Vire annula ce commandement pour un motif incident : il avait été fait pour une somme supérieure à celle retirée par le syndic de la vente des meubles grevés du privilège.

Le percepteur fit appel, demandant en outre la condamnation personnelle du syndic aux dépens, et le Comptoir d'Escompte de l'Ouest se porta alors partie intervenante pour faire dire que la créance du Trésor ne pourrait en aucun cas préjudicier à ses droits.

Un arrêt du 24 juillet 1933 (1) fut rendu en ces termes :

« Attendu que ce privilège, en vertu de la loi de 1808, s'exerce avant tout autre, qu'il n'est primé que par les frais de justice qui ont bénéficié au Trésor, et qui ne comprennent par suite que ceux faits dans l'intérêt

(1) Caen, 24 juill. 1933, *Mémorial des percepteurs et receveurs*, 1933, p. 426.

commun de tous les créanciers de la faillite et ceux faits pour réalisation de son gage et la distribution des deniers en provenant...

« Attendu que Cumine ès qualités (le percepteur), n'était pas astreint à remplir les formalités exigées des autres créanciers de la faillite et devait être payé sur sa simple demande, et à plus forte raison après le commandement du 21 mai 1931 ;

« Attendu qu'en se refusant à lui verser les sommes grevées du privilège du Trésor qu'il avait encaissées, B... (le syndic), a engagé sa responsabilité personnelle, que c'est à bon droit que Cumine a engagé des poursuites contre lui... »

Puis la Cour déclare que le fait que le commandement aurait excédé le montant des sommes détenues par le syndic n'est pas une cause de nullité de cet acte et continue :

« *Sur l'intervention* ; — Attendu que le Comptoir d'Escompte de l'Ouest qui a fourni des fonds pour la continuation des opérations concernant la faillite B..., ne se prétend pas créancier de B... personnellement, mais seulement de la masse de la faillite, il n'a donc pas d'intérêt dans une instance où celui-ci est poursuivi personnellement que son intervention doit être déclarée non recevable et mal fondée...

« Vu l'article 130 C. proc. civ... par ces motifs... »

Et l'arrêt déclare l'intervention non recevable, le commandement valable, l'opposition mal fondée, et condamne le syndic personnellement en tous les dépens de première instance et d'appel.

Ainsi en repoussant l'intervention du Comptoir d'Escompte de l'Ouest, la Cour d'appel a implicitement

reconnu que la créance privilégiée sur le failli est complètement indépendante des créances qui pourront naître ultérieurement contre la masse, et qu'elle ne saurait se trouver diminuée en quoique ce soit par leur survenance.

Economiquement, cette jurisprudence peut paraître regrettable parce qu'elle tend à diminuer la garantie des créanciers de la masse, et par conséquent, à rendre plus difficile la continuation du commerce du failli. Et, c'est sans doute la raison qui a poussé la 3^e Chambre de la Cour d'appel de Paris à déclarer incidemment dans les motifs d'un arrêt du 1^{er} juin 1934, rapporté précédemment (1), que : les créanciers de la masse... doivent être payés avant tous les autres, même avant les créanciers privilégiés dans la masse. »

Mais la décision de la Cour d'appel de Caen nous paraît mieux fondée juridiquement et il faut, croyons-nous, l'étendre à toutes les autres créances privilégiées sur le failli.

Comment en effet, la masse pourrait-elle représenter les créanciers du failli qui ne comptent pas parmi les membres ? Elle n'exerce pas leurs droits et actions puisqu'ils en ont conservé l'usage individuel. Elle ne leur doit aucun dividende au moment de la répartition de son actif. A son égard, ils sont des tiers. Aucune des obligations créées à sa charge ne saurait leur incomber. D'ailleurs, on n'a jamais prétendu que les créanciers de la masse fussent préférables aux créanciers du failli munis d'un privilège spécial. La distinction que l'on

(1) Paris, 1^{er} juin 1934, *Gaz. Pal.*, 1934, II, 746 en sous note. Voir *supra*, p. 285.

prétend faire au détriment des créanciers à privilège général, est à cet égard mal fondée. Eux aussi ont un droit de gage sur le patrimoine du failli, mais au lieu de se limiter à une catégorie de biens déterminés, il s'étend à l'ensemble de l'actif. Il est donc aussi vrai de dire pour eux que la masse n'a pu se saisir du patrimoine du failli que diminué de ce droit réel, et qu'elle n'a pu le donner en garantie à ses propres créanciers que dans l'état juridique où elle l'a trouvé.

Nous concluons donc conformément à la décision implicite de la Cour d'appel de Caen que tous les créanciers privilégiés du failli doivent être réglés avant les créanciers de la masse, soit qu'ils prétendent exercer leurs droits au cours de la procédure, soit qu'ils attendent le moment de la répartition. Et par conséquent, si un créancier de la masse fait saisir un bien dépendant de l'actif de celle-ci, grevé d'un privilège du chef du failli, le créancier privilégié pourra exercer son droit de préférence sur le prix sauf à supporter les frais de la saisie.

Il y a cependant trois limites à ce droit de préférence.

D'abord il se peut que la prestation fournie à la masse ait eu pour résultat d'empêcher de laisser disparaître la chose affectée à la garantie d'un créancier privilégié du failli. Il ne saurait être mis en doute que le créancier de la masse serait alors préférable au créancier privilégié sur la valeur de la chose ainsi conservée, par application de l'article 2102 § 3 C. civ.

Un arrêt de la Chambre civile du 31 juillet 1913 (1) a

(1) Civ., 31 juill. 1913, S. 1920.1.154.

décidé que : « le versement fait au Trésor public, par le liquidateur judiciaire d'un commerçant admis à la liquidation judiciaire, après l'adjudication du fonds de commerce du failli, du montant de contributions afférentes au fonds de commerce, constitue une dépense d'administration faite, non seulement dans l'intérêt des créanciers, mais encore pour la conservation du fonds de commerce.

« En conséquence, cette dépense faite postérieurement à la constitution du gage sur le fonds de commerce est préférable à la créance du créancier gagiste sur le prix d'adjudication de ce fonds, prononcée au profit du créancier gagiste pour un prix inférieur au montant de sa créance et elle doit être prélevée sur ce prix.

« Il en est de même du paiement des loyers jusqu'au jour de l'adjudication du fonds de commerce, paiement effectué par le liquidateur judiciaire avec l'autorisation du juge-commissaire alors que le bail étant antérieur à la constitution du nantissement, le privilège du bailleur primait celui du créancier gagiste ; un pareil paiement qui rentrait dans le mandat judiciaire du liquidateur judiciaire est un acte d'administration fait dans l'intérêt du créancier gagiste dont il a conservé le gage. »

Il est certain en effet, que dans cette espèce, les avances consenties personnellement par le liquidateur à la masse pour le paiement des contributions et des loyers, avaient eu pour résultat de conserver au créancier nanti la valeur du fonds à lui donné en gage, qui, autrement, eut été absorbé par les privilèges du Trésor et du propriétaire.

(1) Voir *supra*, p. 332, Civ., 10 juill. 1893, D. 1883.1521,

Bien qu'évidemment simple créancier de la masse, le liquidateur devait pour le remboursement de ses avances être préféré au créancier privilégié à raison de son gage.

La seconde restriction a trait aux créances privilégiées qui peuvent exister à la fois contre le failli, pour une cause antérieure au jugement déclaratif, et contre la masse pour une cause postérieure, telle la créance du Trésor.

Le Trésor devra bien être payé avant tout autre créancier privilégié du failli, puisqu'il vient en premier rang (sauf à lui retenir les frais de justice qui lui auront été utiles), mais pour les contributions dues jusqu'au jour de la faillite seulement. Pour les contributions postérieures, il est créancier de la masse, créancier privilégié de celle-ci, ainsi que nous le verrons, sans doute, mais il ne peut être payé en cette qualité qu'après extinction de toutes les créances privilégiées existant du chef du failli. Dans la sommation que le percepteur adressera au syndic, il y aura donc lieu d'opérer ventilation entre les contributions dues par le failli qui devront être payées avant toute autre dette et les contributions dues par la masse qui ne seront réglées qu'après les autres créances privilégiées sur le failli.

La même remarque doit s'appliquer aux salariés privilégiés qui auront continué à travailler pour le compte de la masse.

La troisième restriction, enfin, a trait aux biens sur le prix desquels les créanciers privilégiés du failli pourront faire valoir leur droit de préférence par rapport aux créanciers de la masse.

Le patrimoine de la masse se compose, de deux éléments : d'abord des biens appartenant au failli au jour du jugement déclaratif, sur lesquels la masse a acquis un droit réel équivalent presque au droit de propriété (1) ; puis, des biens ou des sommes déjà définitivement sortis du patrimoine du failli, mais que la masse a pu récupérer en exerçant les actions que les articles 446 et 447 du Code de commerce lui confèrent d'une façon exclusivement personnelle (2).

Les créanciers privilégiés ne pourront exercer leur droit de préférence que sur les biens composant le premier de ces deux éléments ; mais en aucun cas sur la valeur de ceux récupérés par la masse, car ces biens sont rentrés dans son patrimoine libérés de toute affectation en gage aux dettes privilégiées du failli. En effet, les créanciers privilégiés du failli dont le droit a pris naissance avant que fut effectué l'acte annulé ont perdu tout recours sur les meubles en vertu du principe « meubles n'ont pas de suite par hypothèque », et ceux dont le droit est postérieur ne les avait jamais reçus en gage (3). Il convient donc de limiter strictement aux biens en la possession du failli, au jour du jugement déclaratif, le paiement par priorité à l'égard des créanciers de la masse, dont les créanciers privilégiés du failli nous paraissent devoir bénéficier.

(1) Conf. *supra*, première partie, pp. 53 et s.

(2) Conf. *supra*, première partie, p. 58 et pp. 108 et s.

(3) A l'égard des immeubles du failli, si le privilège avait été inscrit, la question ne pourra pratiquement pas se poser, car l'acquéreur n'aura pas manqué de purger, et s'il ne l'a pas fait, l'annulation de la cession n'aura pas d'intérêt pour la masse.

§ 2. — *Concours entre créanciers de la masse*

Après les créanciers privilégiés du failli, le syndic devra donc payer les créanciers de la masse. Il est d'usage en général de diviser les dettes de la masse en deux catégories : les frais d'administration de la faillite d'une part, et les dettes de la masse proprement dite de l'autre. Seraient frais d'administration les honoraires des officiers ministériels, greffiers, notaires, huissiers, avoués, commissaires-priseurs, agents de change, dont le concours est requis par le syndic dans l'intérêt de la masse, les honoraires des avocats (1) les dépens des procès, les droits de timbre et d'enregistrement (2), les honoraires du syndic lui-même, et d'une façon générale toutes les sommes qu'il aura avancées dans l'intérêt de la faillite (1).

Seraient au contraire dettes de masse les obligations nées à la charge de la masse, d'un contrat, d'un quasi-contrat ou d'un délit.

C'est une distinction qui nous vient du Droit allemand qui semble avoir été reprise par le Code de commerce puisque l'article 565 parle des « frais » et des « dépens » de l'administration de la faillite. Le Droit allemand des faillites distingue en effet parmi les créanciers de la masse (*Masse-gläubiger*) les frais de la masse (*Massekosten*) et les dettes de la masse (*Masseschulden*).

(1) Conf. PERCELOU, *op. cit.*, II, 1158.

(2) En ce sens, Trib. civ. Vitry-le-François, 4 janv. 1908, *Journ. Faill.*, 1910, p. 298.

L'intérêt de cette division réside dans ce que la loi allemande déclare les dettes préférables aux frais.

Le Code de commerce français ne connaît rien de tel et il convient de s'en féliciter. Rien n'est plus artificiel et plus incertain que la limite entre ces deux catégories de dettes. Un exemple donné par Fetting et rapporté par M. Thaller (1) le souligne : les salaires des employés pour services rendus à la masse sont des dettes de la masse quand ces derniers les réclament à la liquidation. Mais si l'avance en est faite par le syndic, il ne pourra, dans la législation allemande, les récupérer qu'en qualité de frais d'administration. Une même créance serait colloquée à un rang différent selon la personne qui en réclame le paiement.

Puisque la loi de 1838 n'a pas créé une telle préférence entre créanciers d'une même masse, il n'y a, croyons-nous aucun intérêt à conserver, même d'un point de vue purement théorique, cette distinction entre frais d'administration et dettes de masse. Tous ces prétendus frais d'administration sont des dettes de la masse et ont comme les autres leur origine dans un contrat conclu par le syndic. Les honoraires des officiers ministériels sont des rémunérations pour les « services » rendus et conseils donnés. Les menus achats nécessités par l'administration de la faillite n'en sont pas moins des achats au même titre qu'une importante commande de marchandises, et d'ailleurs, toutes ces dépenses sont en général prélevées immédiatement sur les fonds réalisés par le syndic et ne donnent ainsi lieu à aucune difficulté de règlement.

(1) THALLER, *Faillites en droit comparé*, n° 103, t. I, p. 361, GOMBEAUX, article précité.

Les avances consenties personnellement par le syndic lui sont dues par la masse en vertu du contrat de prêt, de la même façon que si elles émanaient d'un banquier ou de tout autre créancier. Quant à ses honoraires, ils ne constituent pas une dette de la masse car le syndic n'est lié à la masse par aucun contrat. Ils lui sont dus en vertu d'une sorte de règlement intérieur qui régit les rapports entre les différents organes de la personne morale, et on doit considérer leur paiement plutôt comme une opération de répartition de l'actif de la masse, que comme le règlement d'une dette. Ils ont exactement le même caractère que les tantièmes attribués aux administrateurs d'une société anonyme. Et de même que ces tantièmes ne peuvent être accordés qu'autant que le bilan laisse apparaître un excédent d'actif sur le passif le syndic ne pourra être rétribué qu'après extinction complète de toutes les dettes de la masse, mais avant versement d'un dividende aux créanciers chirographaires du failli. La préférence du syndic à l'égard de ceux-ci résulte de la nature même des rapports sociaux et du service rendu. Cette question ne présente guère de difficultés en pratique (1).

Si nous repoussons la division des dettes de la masse en deux catégories, cela ne veut pas dire que tous les créanciers de la masse doivent être payés sur un pied d'égalité. Les privilèges du Code civil, du Code de com-

(1) Le Tribunal civil de Bordeaux a jugé en ce sens le 10 mai 1899, *Journ. Faill.*, 1899, p. 476, que le syndic est privilégié (c'est-à-dire préférable. La confusion entre les deux termes est particulièrement évidente dans ce jugement qui déclare expressément la masse « personne morale ») pour les avances qu'il a faites à la masse, mais non pour ses salaires.

merce ou des lois spéciales, s'appliqueront entre eux aussi bien qu'entre les créanciers du failli.

MM. Lyon-Caen et Renault écrivent : « les créanciers de la masse ont en général des droits égaux. Ils concourent entre eux à moins que le syndic ne leur ait assuré une sûreté spéciale, ou que leur créance soit privilégiée en vertu des principes généraux du Droit » (1).

C'est l'opinion que soutenait déjà M. Bonnichon dans la thèse que nous avons citée.

Quels seront les créanciers privilégiés de la masse ? D'abord les créanciers à privilège spécial mobilier qui ont un droit de gage sur un meuble ou sur une catégorie de meubles affectés à la garantie de leur créance par l'article 2102 C. civ. Ce sont, dans un ordre purement indicatif, puisque chacun possède un gage indépendant de celui des autres :

1° Le bailleur, quand la masse aura conclu personnellement une location ce qui sera assez rare, ou aura décidé de continuer celle du failli, conformément à l'article 450 C. com.

Ce privilège porte sur tous les meubles garnissant les lieux loués. Il garantit le payement des loyers échus ainsi que la créance en dommages-intérêts pour déprédation ou détérioration. Nous avons expliqué en étudiant cette source de dette de la masse, pourquoi nous estimons que le propriétaire n'est pas créancier de la masse pour les loyers à venir ni pour l'indemnité de résiliation, quand la masse, après avoir continué le bail du failli, veut y mettre fin avant terme.

2° Le créancier gagiste, le syndic ayant besoin de

(1) LYON-CAEN, *op. cit.*, t. VII (5^e édition), n° 560 bis.

fonds de roulement, et ne trouvant pas à vendre dans de bonnes conditions les meubles de la masse, pourra les donner en gage.

3° Celui qui aura fait des frais pour la conservation d'un meuble dépendant de la masse.

4° Le vendeur de meubles, — les articles 550 et 576 C. com. sont inapplicables à la masse qui est par hypothèse toujours réputée solvable ; en conséquence, celui qui aura fourni des objets mobiliers au syndic pour lui permettre de continuer le commerce du failli, jouira à l'égard de la masse de l'action en résolution, de l'action en revendication, et du privilège sur le prix de sa chose si elle a été revendue, prévus par la loi.

5° Le transporteur terrestre ou maritime pour les objets transportés pour le compte de la masse.

6° Et le Trésor sur les loyers, fruits, récoltes, et tous revenus des immeubles dépendant de la faillite pour garantir le paiement des impôts fonciers (loi 12 novembre 1808).

Il y aura ensuite privilège spécial immobilier, aux termes de l'article 2103 § 4 C. civ. au profit des architectes et entrepreneurs qui auront, à la demande du syndic, « édifié, construit, ou réparé, certains immeubles ». Les autres privilèges immobiliers spéciaux, ne sont guère applicables à la masse.

Ces créanciers devront être payés les premiers pour libérer les objets affectés à leur garantie à moins que le syndic n'estime plus avantageux de les laisser exécuter leur gage (art. 547 C. com.).

Puis, le syndic devra payer les créanciers de la masse garantis par un privilège général sur l'ensemble du patrimoine de celle-ci d'après l'article 2101 C. civ. ou

les lois spéciales. Ce sont, dans leur ordre de préférence :

1° Le fisc pour le recouvrement de la contribution mobilière (qui sert uniquement de base au calcul des centimes additionnels des départements et des communes), pour toute la période postérieure à la déclaration de faillite (1). Loi du 12 novembre 1808, article 1^{er}.

2° Les frais de justice faits dans l'intérêt de tous les créanciers de la masse, et non pas les frais avancés, dans l'intérêt de la constitution de cette masse elle-même. Sont frais de justice, seulement dans l'intérêt de la masse : les dépenses judiciaires nécessitées par la mise en faillite et la liquidation des biens du failli.

On pourrait y voir des dettes du failli privilégiées par rapport aux créanciers de celui-ci, il nous a paru (1) plus conformes à leur véritable nature juridique de les considérer comme des dettes de la masse puisqu'ils ont servi à constituer et à liquider son patrimoine, mais bien entendu, comme des dettes chirographaires. Ils ne sont pas une dette des créanciers de la masse eux-mêmes.

Seront au contraire *dettes des créanciers de la masse*, et donc privilégiées par rapport à eux d'après l'article 2101, les dépenses de procédure faites dans l'intérêt commun de tous ces créanciers pour conserver ou augmenter leur gage. Si par exemple, un syndic néglige de demander la nullité de certains actes du failli, et qu'un créancier de la masse exerce cette action comme l'article 1166 C. civ. lui en donne le droit, les frais qu'il aura avancés pour cette procédure, devront lui être rembour-

(1) Consulter *Recouvrement des impôts directs dus par des contribuables en état de faillite ou de liquidation judiciaire*, op. cit, p. 100.

(3) Conf. *supra*, p. 417.

sés sur la valeur des biens ainsi récupérés, avant toute répartition entre cette catégorie de créanciers.

C'est là, en effet, une dépense faite dans l'intérêt de tous les créanciers de la masse, et qui constitue une dette de ceux-ci. Si l'action en nullité a été au contraire exercée directement par le syndic, les frais qu'elle aura engendrés, constitueront de simples dettes chirographaires de la masse, et les créanciers pour ces frais viendront en concours avec les autres créanciers de celle-ci.

Au contraire, les frais exposés dans son intérêt personnel par un créancier de la masse qui aura plaidé contre le syndic *ès qualités* ne doivent pas être privilégiés, par rapport aux autres créanciers de cette masse. Ce créancier pourra simplement concourir sur le patrimoine de la masse, avec les autres membres de sa catégorie. La Chambre des Requêtes, dans un arrêt du 2 février 1897 (1) a cependant colloqué le créancier de la masse pour ses dépens avant le syndic pour ceux avancés par lui.

M. Percerou (1) critique cette décision en faisant remarquer que les dépens avancés personnellement par le syndic constituent une dette de la masse tout aussi bien que ceux exposés par son adversaire. « En réalité, écrit-il, il y a conflit entre deux dettes de la masse, d'où il faut conclure qu'elles doivent concourir, mais non pas que la créance des dépens de l'adversaire doive passer avant la créance des frais directement exposés par le syndic ».

(1) Rêq., 2 févr. 1897, *Journ. Faill.*, 1897, p. 97, S. 1899.1.393.

(2) Voir PERCEROU, *op. cit.*, II, n° 920 *bis*, note I, p. 85.

Puis 3°, viendront les salaires des ouvriers et employés qui auront travaillé au compte de la masse, pour les sommes déterminées à l'article 549 C. com.

Les autres privilèges généraux ne peuvent pratiquement s'appliquer à la masse.

Après paiement des créanciers privilégiés, le syndic réglera les *créanciers chirographaires de la masse* qui concourront entre eux en toute égalité.

Enfin, le solde sera réparti entre les *créanciers chirographaires du failli associés dans la masse, comme est distribué entre les actionnaires*, après dissolution d'une société anonyme, l'actif net. Toutefois les honoraires du syndic devront être prélevés avant cette répartition et s'il reste, par extraordinaire quelque chose après complet paiement des créanciers chirographaires, on le restituera au failli.

CONCLUSION

Nous avons ainsi achevé l'étude des dettes de la masse. Nous avons vu que la masse constitue une personne morale, qu'elle possède un patrimoine affecté au paiement de ses dettes, quelle que soit leur source : contrat, quasi-contrat, délit, ou la loi, et qu'en conséquence, elle ne peut faire aucune répartition d'actif entre ses membres avant de les avoir toutes éteintes.

Ce ne sont pas là seulement les conséquences logiques de principes juridiques certains, mais aussi des mesures imposées par la pratique du commerce, et la nécessité d'assurer aux créanciers la meilleure liquidation possible des biens du failli. Les besoins du commerce sont à peu près semblables dans tous les pays, aussi la plupart des Droits étrangers font-ils la distinction entre créanciers du failli associés dans la masse, et créanciers de la masse, et accordent-ils la priorité à ces derniers dans la répartition des deniers provenant de la faillite.

On peut diviser les différentes législations en deux catégories : celles qui, à l'exemple du Code de commerce français, n'ont pas consacré la distinction entre *créanciers de la masse* et *créanciers dans la masse* et le droit de préférence de ceux-là par rapport à ceux-ci, dans un texte de loi, mais où la jurisprudence et la doctrine ont

supplée à leur silence : tels sont les Droits belge, égyptien, suisse, et dans une certaine mesure soviétique, puis celles qui, plus systématiques, ont créé une théorie générale de la dette de masse : s'y rattachent les Droits allemand, italien, roumain, portugais et argentin.

★
★ ★

La loi belge du 18 avril 1851, qui a remplacé le Code de commerce de 1807, se borne, comme la loi française de 1838, à prévoir dans ses articles 474, 475 et 529 (1), que l'exploitation du commerce du failli pourra être continué soit pendant la période préparatoire, soit au cours de l'union, mais n'affirme pas expressément le droit de préférence des créanciers de la masse.

Les auteurs et la jurisprudence ne le mettent cependant pas en doute. MM. Emile Brunet-Van Meerbeck et Alfred Bernard (2) notamment, bien qu'ils ne voient pas dans la masse une personne morale, déclarent en termes formels, les créanciers de la masse préférables aux créanciers du failli. Ils justifient ce droit par l'idée que les prétendus créanciers de la masse « ont fait l'affaire » des créanciers du failli. C'est là une explication insuffisante, nous croyons avoir montré pourquoi (3) ; mais les conséquences que ces auteurs en tirent sont entièrement semblables à celles de la jurisprudence et de la doctrine françaises :

(1) Consulter : *Code de Commerce belge annoté et Lois usuelles*, par Edmond PICARD et Léon SIVILE.

(2) Emile BRUNET, VAN MEERBECK, Alfred BERNARD, *Fallites et Banqueroutes*, n^{os} 2385 à 2404, pp. 230 et 231.

(3) Cf. *supra*, pp. 37 et suivantes.

« Ces créances peuvent résulter, écrivent-ils, soit de la continuation par la masse d'un contrat conclu avec le failli... soit de la gestion du curateur... soit des procès auxquels le curateur est partie... »

M. Frédéricq se prononce dans le même sens (1). Cependant, écrit-il, « il est difficile de justifier certaines dispositions de la loi sur les faillites, de même que certaines solutions jurisprudentielles concernant cette masse, sans les rattacher doctrinalement à la fiction de la personnalité morale ». D'où il conclut que les créanciers de la masse sont préférables aux créanciers dans la masse, lors de la répartition de l'actif.

Nous avons vu que la jurisprudence belge (2) a fait d'assez nombreuses applications de ces principes : la Cour de Cassation, dans un arrêt du 6 décembre 1906 (3), a décidé que le prix de la location de sacs conclu avec le failli, pouvait, pour la période postérieure au jugement déclaratif, être réclamé à la masse à condition de prouver l'existence d'un engagement personnel de celle-ci ou d'un profit retiré par elle du fait de la location.

Le Tribunal civil de Furnes, par jugement du 12 mai 1932, a condamné à des dommages-intérêts la masse des créanciers d'un failli en raison d'une faute qu'aurait commise son curateur, et, dans la même affaire, la Cour

(1) FREDERICQ, *Principes de Droit commercial belge*, tome III. n^{os} 1313-1314 (Dette de la masse), 1377 (Continuation du commerce pendant la période préparatoire) et 1462-1463 (Continuation du commerce au cours de l'union).

(2) Consulter : *Répertoire décennal de la Jurisprudence belge*, par JAMAR, MARCOTTY, WALEFFE : verbo « faillite », n^{os} 306 à 324.

(3) Cassation Belgique, 6 déc. 1906 : S., 1908,4.4.. Pas., 1907, I, 63 ; conf. *supra*, p. 176.

d'appel de Gand a prononcé également une condamnation mais fondée sur la continuation d'un contrat, dans un arrêt du 17 novembre suivant (1).

★
★ ★

La législation suisse n'a pas non plus créé une théorie générale de la dette de masse, mais on peut en déduire tous les principes de certains articles de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillites du 11 avril 1889.

L'article 211 en est ainsi conçu : « La réclamation dont l'objet n'est pas une somme d'argent se transforme en une créance d'une valeur équivalente.

« Toutefois, l'administration de la faillite peut se charger de l'effectuer en nature sauf à fournir des sûretés si le créancier l'exige. »

Le principal commentateur de cette loi, M. Jäger (2) écrit : « Pour qu'il soit possible à l'administration de la

(1) Trib. civ. Fumes, 12 mai 1932 et Gand, 17 nov. 1932 : D. 1934. 2.1. ; conf. *supra*, p. 361 et Liège, 8 juil. 1929 : Pas., 1929, II, 170 : Cass., 10 déc. 1925 : Pas., 1926, I, 106 ; Louvain, 22 mai 1917 : Pas., 1917, III, 286 (Contrats) ; Anvers, 26 janv. 1901 : Pas., 1901, III, 221 (Dépens en matière de séparation de biens) ; Tournai, 23 nov. 1899 : Pas., 1900, III, 174 (Antériorité des créanciers de la masse) ; Charleroi, 20 mai 1899 : Pas., 1900, III, 229 (Saisie-arrêt des deniers de la Masse).

Le Luxembourg a conservé le Code de commerce français du 15 décembre 1807 dont les articles 474 et 475 prévoient la continuation du commerce pendant la période préparatoire et l'article 529, sa continuation au cours de l'union.

Aucune loi nouvelle n'a fixé le statut de la masse (la loi du 2 juil. 1870 n'a pas modifié les articles précités).

(2) Carl JÄGER, *Loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillites du 11 avril 1889* ; Commentaires de l'article 211 : tome II, p. 199, et note 5, pp. 203 et suivantes. Traduction : Robert PETITMERMET et Henri BOVAY.

faillite de se charger de l'exécution du contrat, il faut que la réclamation du créancier soit basée sur un contrat bilatéral, c'est-à-dire sur un contrat imposant des obligations aux deux parties ; que l'ouverture de la faillite n'ait pas mis fin à ce contrat, comme par exemple dans le cas du mandat, et enfin que le failli n'ait, par ses agissements, créé un état de choses donnant aux créanciers le droit de refuser désormais l'exécution du contrat et de ne plus exiger que des dommages-intérêts. »

Quelques lignes plus loin, il ajoute : « Etant donné la rédaction de l'alinéa 2, on pourrait soutenir que la masse n'a le droit de se charger de l'exécution du contrat que dans le cas où la prestation du failli ne consiste pas dans le paiement d'une somme d'argent ; en effet, l'alinéa 1, auquel l'alinéa 2 se réfère, ne vise que ces cas. Nous croyons cependant avec Von Sales et Reichel (p. 290-1) que tel n'était pas l'intention du législateur. Rien dans les travaux préparatoires de la loi n'indique que l'on ait voulu en dérogation au droit commun (Conf. par exemple D. K. O., art. 17) (1), restreindre à ce point le droit de la masse de se substituer au failli pour l'exécution des contrats. »

Et M. Jäger en cite les principales applications : bail, pour lequel il estime que le bailleur aura le droit de demander immédiatement la résiliation s'il ne lui est pas offert paiement de « tous les loyers arriérés » (2) ; vente, contrat de travail, contrat d'entreprise, prêt à usage, édition. A l'égard du contrat d'assurance, il rappelle que l'article 55 de la loi fédérale du 2 avril 1908

(1) Loi allemande sur la faillite du 17 mai 1898, conf. *infra*, p. 445.

(2) Conf. *supra*, pp. 223 et s.

qui le réglemente, prévoit que : « La masse assume de plein droit les obligations issues du contrat sauf refus exprès de sa part. » C'est aussi la solution qui a prévalu dans la loi française du 13 juillet 1930.

Le droit de préférence des créanciers de la masse se déduit de l'article 262 de la même loi qui décide que : « Les frais occasionnés par l'ouverture de la faillite et de la liquidation sont prélevés.

« Le produit des biens affectés d'un droit de gage ne supporte que les frais d'administration et de réalisation du gage. »

M. Jäger (1) le commente en ces termes : « Par frais d'ouverture de la faillite, il faut entendre non pas les frais exposés par le créancier pour obtenir l'ouverture de la faillite (ils doivent être ajoutés à la créance principale), mais les frais du prononcé de la faillite, publication, prise d'inventaire, etc., pour lesquels une avance aura pu être demandée au créancier qui a requis la faillite. »

« Les frais de liquidation sont ceux de l'administration de la faillite et non pas ceux des créanciers individuellement. Ils se composent des déboursés proprement dits et des émoluments pour l'administration, la réalisation et la répartition des biens de la masse (y compris les frais de procès et les aliments accordés au débiteur). »

« Il faut y ajouter les dettes de la masse. Les dettes de la masse sont celles que la masse a contractées et qu'elle doit elle-même. En vertu par exemple de contrats du failli qu'elle a repris, de contrats qu'elle a passés en vue

(1) C. JÄGER, *op. cit.*, commentaires de l'article 262, tome II, pp. 391 et suiv.

de la liquidation ou à l'occasion de celle-ci, tels par exemple que les locations de locaux, honoraires d'avocats, etc., où en vertu encore d'un enrichissement illégitime, de délit ou quasi-délit (conf. loi allemande des faillites, art. 58 et 59) ».

Ce sont là exactement les sources de dettes de la masse que nous avons rencontrées en droit français ; à cet égard encore, nous voyons que M. Jäger adopte les mêmes conclusions que la doctrine française (1).

Il s'en écarte cependant sur un point. La loi suisse, nous le voyons, ne fait aucune différence entre les frais proprement dits et les dettes de la masse. Faut-il prélever les dettes de la masse avant les frais ? M. Jäger le pense, c'est la solution de la loi allemande, mais elle est peu logique et critiquée par la plupart des auteurs (2).



Des principes analogues ont été appliqués par la législation soviétique, quand et dans la mesure où elle autorise l'exploitation d'un commerce privé. Une loi de 1927 (3), incorporée au Code de procédure civile dont elle forme le chapitre 37, décide en effet, dans les articles 325 et 329, que « les liquidateurs nommés par l'organe gouvernemental qui a pour mission de régler la branche d'industrie ou de commerce dont dépend

(1) Consulter dans le même sens BRUSTLEIN et RAMBERT, *Commentaires de la loi fédérale sur la poursuite pour dettes et faillites*, p. 309.

(2) Conf. *supra*, pp. 429 et 430.

(3) Consulter ELIACHEVITCH, TAGER, NOLDE, *Traité de droit civil et commercial des Soviets*, tome II, n° 395, et sur la condition des Sociétés dans la législation soviétique : *id.*, n°s 232 et suiv.

l'entreprise en faillite, ont les pouvoirs les plus larges pour réaliser l'actif et régler le passif. Ils ont le droit de faire tous les actes et transactions pouvant servir aux opérations de liquidation même en acceptant ou en endossant des traites ».

Et l'article 345 les complète en décidant que « les créanciers sont payés dans l'ordre et d'après le rang établi par la loi. Si l'avoir du débiteur ne suffit pas à payer intégralement les créanciers d'un rang déterminé, la répartition entre eux doit se faire proportionnellement ». Ce qui implique bien un règlement par catégorie suivant la date et la nature de la créance envisagée.

*
* *

Le Droit mixte égyptien, qui est en grande partie inspiré par le Droit français, fait aussi la distinction entre créanciers de la masse et créanciers dans la masse. Mais pas plus que notre loi de 1838, le Code de commerce égyptien ne la consacre expressément par un texte. Ses articles 352 et 353 sont la reproduction textuelle des articles 532 et 533 du Code de commerce français.

Cependant, ses commentateurs, comme la Doctrine française, reconnaissent l'existence de ces deux catégories de créanciers. MM. Abd-el-Fattah El-Sayed Bey et Marc Desserteaux (1) écrivent à ce sujet : « Le syndic peut continuer pendant la période préparatoire l'exploitation du fonds de commerce, ce qui implique la vente de certaines marchandises, au fur et à mesure des com-

(1) ABD-EL-FATTAH EL-SAYED BEY et Marc DESSERTTEAUX, *Traité théorique et pratique des faillites en Droit Egyptien*, pp. 220 et s.

mandes, le rachat d'autres marchandises si besoin est et la souscription éventuelle de billets.

« Il est généralement admis que *les créanciers de la masse*, c'est-à-dire ceux envers qui le syndicat des créanciers tout entier est tenu d'une obligation, et qui peuvent se payer par préférence sur l'actif, sont dispensés de la procédure de vérification. »

Bien entendu, la continuation du commerce peut être poursuivie au cours de l'union, c'est même le seul cas expressément prévu par la loi. Ces auteurs écrivent (1) : « Cette mesure est exceptionnelle... Lorsque l'exploitation du commerce est ainsi continuée, les tiers envers lesquels le syndic prend des engagements pour les besoins de l'exploitation (vendeurs, prêteurs, employés), ont la qualité de créanciers de la masse, et bénéficient comme tels sur l'actif, d'un droit de préférence. »

Ce sont là encore toutes les conséquences que la Jurisprudence et la Doctrine françaises ont tiré des mêmes textes.



La législation allemande, dont le caractère est d'être toujours très systématique, a au contraire construit une théorie précise de la dette de masse.

La loi sur les faillites du 17 mai 1898, modifiant la loi du 10 février 1877 (2) et mise en application le 1^{er} janvier 1900 est, en effet, ainsi conçue :

(1) *Ibid.*, p. 375.

(2) Sur la loi du 10 février 1877, consulter THALLER, *Dés faillites en Droit comparé*, n° 103, tome I, p. 364.

« TITRE VII. — DES CRÉANCIERS DE LA MASSE (1)

« Art. 57. — Les frais et dettes de la masse doivent être réglés aux dépens de celle-ci avant toute autre créance.

Frais de la masse

« Art. 58. — Par frais de la masse on entend :

- 1° les frais de justice pour la procédure commune (*c'est-à-dire commune à tous les créanciers*) ;
- 2° les dépenses d'administration, de réalisation et de répartition de la masse ;
- 3° les secours accordés au failli et à sa famille.

Dettes de la masse

« Art. 59. — Sont des dettes de la masse :

- 1° les obligations nées des affaires traitées par le curateur ou de ses actes (*il faut y comprendre les frais des procès intentés par le curateur*) ;
- 2° celles qui résultent de contrats synallagmatiques dont l'exécution est demandée à la masse ou doit avoir lieu postérieurement à l'ouverture de la faillite ;
- 3° celles qui naissent d'un enrichissement indu de la masse.

« Art. 60. — S'il se manifeste que la masse ne suffira pas à désintéresser pleinement tous les créanciers

(1) *Législation commerciale de l'Allemagne, Loi sur la faillite*, traduction de Paul CARPENTIER, p. 438.

le règlement a lieu par la distribution d'un dividende proportionnel de telle sorte que l'on solde d'abord les dettes de la masse, puis ses frais, et parmi ceux-ci, en premier lieu les débours d'argent ; enfin les secours accordés au failli et à sa famille. »

Ces textes sont très précis et se passent de commentaires sauf en ce que nous renouvelons les réserves que nous avons formulées à l'égard de la priorité reconnue aux dettes par rapport aux frais, dans la distribution de l'actif de la masse (1).

★ ★

La législation italienne présente aussi une théorie complète de la dette de masse à propos de la continuation de l'exploitation du commerce du failli. Elle était consacrée par le Code de commerce de 1883 (2) et a été conservée par le projet de code de 1925 (3) :

ART. 750 ANCIEN — 750 NOUVEAU

« Le curateur même provisoire peut être autorisé à continuer l'exploitation du commerce du failli dans les cas où cette exploitation ne pourrait être interrompue sans dommage pour les créanciers.

« Il appartient au juge-commissaire... de prescrire les mesures nécessaires pour la continuation du commerce.

(1) Conf. *supra*, p. 430.

(2) Code de commerce italien de 1883. Traduction Edmond TURREL, pp. 215, 229 et 233.

(3) Sur le projet de Code de commerce de 1925, consulter : *Codice di Commercio-progetto (Relazione sul progetto a cura del Presidente d'Amelio)*, Roma, 1925-27.

« Son ordonnance est exécutoire par provision mais elle est sujette à appel en tant qu'elle autorise la continuation de l'exploitation du fonds de commerce ».

ART. 794 ANCIEN — 794 NOUVEAU

« Il y a lieu pareillement de suspendre la vente des biens si les créanciers décident de continuer à administrer en tout ou en partie le patrimoine commercial du failli ; pour une durée, dans une limite et à des conditions qu'ils doivent exactement déterminer.

« Cette décision ne peut être valable qu'en vertu d'une délibération prise à la majorité des trois quarts des créanciers soit comme nombre, soit comme somme ; les créanciers dissidents ainsi que le failli, pourront y faire opposition devant le tribunal, mais l'opposition ne suspendra pas les effets de la délibération ».

ART. 795 ANCIEN — 795 NOUVEAU

« Les dettes provenant des opérations du curateur seront payées par préférence aux dettes antérieures, mais si ces opérations ont entraîné des engagements dont le montant excède l'actif de la faillite, les créanciers qui les ont autorisés seront seuls tenus personnellement, outre leur part dans l'actif, dans les limites de l'autorisation. Ils contribueront au prorata des créances respectives ».

ART. 809 ANCIEN — 835 NOUVEAU

« Les sommes appartenant à la faillite, distraction faite des frais de justice et d'administration et des secours qui auraient été accordés au failli et à sa famille devront être employées tout d'abord sur l'autorisation du juge-

commissaire, au paiement des créanciers nantis d'un gage ou d'un privilège, et le surplus devra être réparti entre tous les créanciers au marc le franc de leurs créances vérifiées ».

Du rapprochement entre l'article 809-835 et l'article 795, il faut, semble-t-il, tirer certaines conclusions qui rendent la législation italienne assez différente de la législation française.

D'abord, il paraît en raison de la place très antérieure de l'article qui les régit, que les dettes de la masse proprement dites, celles provenant des opérations du curateur, sont payables avant les frais de justice et d'administration de la faillite et les secours accordés au failli. L'article 809-835 semble en effet n'envisager la distribution que des sommes qui resteront à la faillite après le paiement prévu par l'article 795.

D'autre part, ce texte décide expressément que les dettes de la masse, les frais de justice ou d'administration, et les secours accordés au failli doivent être réglés *avant* les créances privilégiées antérieures à la faillite. C'est là une solution tout à fait remarquable et de nature à augmenter considérablement le crédit de la masse. Mais elle nous semble bien difficile à justifier en Droit à moins d'admettre les créanciers privilégiés dans la masse, et une telle admission serait absolument contraire à l'égalité entre créanciers qui est la raison d'être même de leur groupement. C'est le motif qui nous a fait repousser cette mesure en Droit français (1).

(1) Conf. *supra*, pp. 416 et s.

La législation roumaine qui n'est qu'une adaptation du Code de commerce italien prévoit aussi expressément la continuation du commerce du failli par la masse de ses créanciers et le paiement par préférence des créanciers de cette masse. L'article 807 du Code de commerce du 13 septembre 1887 est ainsi conçu (1) :

« Il sera également sursis à la vente des biens si les créanciers décident qu'on continuera l'exploitation en tout ou en partie du patrimoine commercial du failli pour le temps, dans les limites, et aux conditions qu'ils devront indiquer avec précision.

« Cette décision ne peut être prise qu'à la majorité des trois quarts des créanciers en nombre et en somme. Les créanciers dissidents et le failli peuvent faire opposition devant le tribunal, mais cette opposition ne suspendra pas l'exécution de la décision prise par les créanciers. »

« Art. 808. — Les dettes provenant des opérations du syndic seront payées sur l'actif de la faillite par préférence aux dettes antérieures, mais si ces opérations entraînent après elles des obligations qui dépassent l'actif de la faillite, les créanciers qui les ont autorisées sont seuls tenus personnellement au delà de leur part dans l'actif, mais dans la limite de l'autorisation donnée. Ils contribueront proportionnellement à leur créances respectives ».

Ce texte très précis en ce qui concerne le droit de préférence des créanciers de la masse ne réglemente cependant pas le concours entre ces derniers et le créancier privilégié du failli. La législation italienne reste donc une exception sur ce point.

(1) Consulter : *Législation roumaine*, traduction Jacques BLUMENTHAL.

*
**

Le Code de commerce portugais de 1888 (1) contient des dispositions analogues dans son article 722 :

« Les obligations, dettes, et responsabilités contractées par l'administration de la faillite, et dûment autorisées ou approuvées, sont étrangères à la vérification du passif et ont la préférence sur les droits et créances contre le failli. »

*
**

Mais c'est la législation de l'Argentine qui offre le système juridique le plus précis, et le mieux justifié du point de vue théorique, sur ce sujet.

En vertu de la loi sur la faillite du 23 décembre 1902 (2) incorporé par la suite au Code de commerce alors en préparation, la liquidation des biens du failli peut s'ouvrir à l'amiable ou d'office.

A l'amiable, elle comporte deux procédés : le concordat ou l' *adjudicacion* ».

L'article 42, futur article 1420 du Code de commerce, décide que : « Les créanciers lorsqu'ils n'acceptent pas le concordat proposé par le débiteur ou que ce dernier ne consent pas à accepter celui qui est proposé par les créanciers, pourront décider de prendre à leur charge l'actif et le passif du débiteur. Cette résolution devra être prise à la même majorité que celle fixée pour l'acceptation du concordat. Cette « *adjudicacion* » des biens est soumise à l'homologation du tribunal. »

(1) *Code de commerce portugais*, traduction Ernest LEHR.

(2) *Loi argentine sur la faillite*, traduction Henri PRUDHOMME.

L'article 34-1412 auquel se réfère l'article 42 avait prévu que : « Les créanciers demeurent substitués au failli dans toutes ses actions et tous ses droits et obligations concernant ses biens. » Mais l'article 36-1414 y apporte une limite : « Sans que la responsabilité des créanciers dépasse jamais le montant des biens adjugés. »

M. Fraissingea, dans son commentaire de cette loi (1) rappelle que la Commission du Sénat argentin a justifié la procédure de l'« *adjudicacion* » en déclarant que les créanciers du failli acquièrent sur le patrimoine de leur débiteur une sorte de *droit réel* en vertu duquel ils ont la faculté non seulement de poursuivre la vente de ce patrimoine pour être payés sur le prix, mais encore de se l'approprier contre la volonté du débiteur, à charge d'éteindre les créances garanties par des privilèges ou des hypothèques.

Un droit réel que la masse des créanciers acquiert par l'effet du jugement déclaratif sur les biens du failli, telle est aussi l'analyse que la Doctrine française, et notamment M. Percerou (2), font des pouvoirs de la masse.

Mais l'article 40-1418 de la loi argentine de 1902 n'hésite pas à adopter ce système dans toutes ses conséquences. Il décide en effet que : « Lorsque les biens leur auront été adjugés, les créanciers pourront, à la même majorité que celle fixée pour l'approbation du concordat décider que l'on continuera les opérations du débiteur en formant une *Société* dans laquelle chaque créancier chi-

(1) FRAISSINGEA, *La loi argentine sur les faillites*, Rec. de législation de Toulouse, 1905, tome I, pp. 434 et suiv.

(2) Conf. *supra*, p. 55.

rographaire figurera comme *actionnaire* pour le montant de sa créance. »

Les motifs qui, en Droit français, nous ont empêché de faire une assimilation complète entre la masse et la société n'existent plus qu'à un moindre degré en Droit argentin après l'« *adjudicacion* ». Les créanciers ont acquis en effet la propriété complète mais indivise des biens qui appartenaient au failli. Ils conviennent d'apporter leur part à une société qu'ils fondent pour continuer le commerce du failli ; tout cela est conforme au droit commun, sauf cependant en ce que la majorité peut imposer d'en faire partie à la minorité. Et donc, bien qu'ayant une source contractuelle, le groupement des créanciers présente encore par certains côtés un caractère statutaire, comme lorsque le commerce est continué avant la procédure d'« *adjudicacion* ».

*
**

Les législations qui consacrent un texte exprès à la dette de masse présentent sur le Code de commerce français cet avantage incontestable de laisser une part moins grande aux possibilités de conflit entre les intéressés.

Il serait utile, croyons-nous, de s'inspirer de certaines d'entre elles pour compléter les articles 450 et 533.

L'article 450 rappellerait que la faillite ne résilie pas les contrats qui ne sont pas fondés sur des qualités personnelles aux parties, mais que le cocontractant peut en demander la résiliation. Et il ajouterait que la masse peut éviter cette résolution en prenant la charge de leur exécution, mais que cette continuation doit résulter de la volonté nettement exprimée par le syndic.

Et l'article 533, dans un premier paragraphe, déciderait que les dettes provenant de l'administration et de la liquidation de l'actif de la masse ou de la continuation de l'exploitation du fonds de commerce du failli selon les dispositions des articles 470 et 532 ne sont soumises à aucune des formalités ni des restrictions du régime des faillites, et sont payables avant toutes les dettes antérieures, sans toutefois pouvoir préjudicier aux droits des créanciers privilégiés du failli.

Ainsi l'heureuse évolution de la jurisprudence de ces dernières années deviendrait-elle définitive.

VU : *Le Doyen,*

EDGARD ALLIX.

VU : *Le Président,*

R. DEMOGUE.

VU ET PERMIS D'IMPRIMER :

Le Recteur de l'Académie de Paris,

S. CHARLETY.

BIBLIOGRAPHIE

Nous ne pouvons citer que des ouvrages généraux et quelques ouvrages spéciaux, aucune monographie n'ayant été jusqu'à présent consacrée à l'étude de la dette de masse.

PERCEROU (J.). — *Des faillites et banqueroutes et des liquidations judiciaires* (traité Thaller) (1^{re} édition), tomes I, n^{os} 78 et s., et II, n^{os} 1138 à 1160.

LYON-CAEN et RENAULT. — *Traité de Droit commercial*, tomes VII (5^e édition), n^{os} 472 et s., et VIII (4^e édition).

LACOUR et BOUTERON. — *Précis de Droit commercial*, n^{os} 1851 et s.

WAHL. — *Précis théorique et pratique du Droit commercial*, n^{os} 2566 et s.

PRÉVOST et PISSAVY. — *Formulaire de la faillite et de la liquidation judiciaire*.

PRÉVOST et HÉREIL. — *Des droits du bailleur propriétaire d'immeuble dans la faillite de son locataire*. (Cet ouvrage a été également publié dans la *Revue critique de législation et de jurisprudence*, 1934, p. 173 et s.).

Recouvrement des impôts directs dus par des contribuables en état de faillite ou de liquidation judi-

ciaire, édité à l'usage des receveurs-percepteurs par la Recette centrale des finances de la Seine, et contenant les 53 conventions-types intervenues entre cette administration et la Compagnie des syndics-liquidateurs judiciaires près le Tribunal de commerce de la Seine.

THALLER (Ed.). — Créanciers de la masse et créanciers dans la masse, *Rev. crit. législ. et jurisprudence*, 1881, p. 630 et s.

— A propos du privilège du bailleur dans la faillite, *Annales Droit commercial*, 1896, p. 237 et s.

GOMBEAUX (Ed.). — Les créanciers de la masse en faillite, *Annales Droit commercial*, 1907, p. 412 et s.

MAZEAUD (Henri). — Les obligations extracontractuelles de la masse dans la faillite, *Rev. crit. législ. et jurisprudence*, 1926, p. 126 et s.

ROUSSEL (G.). — Du louage d'objets mobiliers et des effets de la faillite ou de la liquidation judiciaire sur le contrat, *Rev. crit. législ. et jurisprudence*, 1930, p. 561 et s.

BONNICHON. — *Des effets de la faillite et de la liquidation judiciaire sur les contrats antérieurs valablement conclus*. Thèse Paris, 1900.

RIGOT-MULLER (Léon). — *L'exploitation du commerce pendant la faillite*. Thèse Lyon, 1934.

TABLE DES MATIÈRES

INTRODUCTION. — <i>Résumé de la procédure de la faillite. — Exposé de l'objet de notre étude....</i>	5
--	---

PREMIERE PARTIE

Justification du droit de préférence reconnu aux créanciers de la masse	13
--	-----------

CHAPITRE PREMIER. — APPLICATION DE L'ARTICLE 565 C. com.	13
---	----

CHAPITRE II. — JUSTIFICATION DU DROIT DE PRÉFÉRENCE PAR LES PRIVILÈGES DU DROIT COMMUN.	17
---	----

§ 1 ^{er} . Par le privilège des « frais de justice »	17
---	----

§ 2. Par le privilège des « frais faits pour la conservation de la chose »	19
--	----

§ 3. Jurisprudence	21
--------------------------	----

§ 4. Critique	25
---------------------	----

A) Ces systèmes ne sont pas en harmonie avec les principes du Droit	25
---	----

B) Ils ne répondent pas à l'attente des créanciers nouveaux	28
---	----

C) Le principe de l'enrichissement sans cause ne saurait mieux s'appliquer	37
--	----

CHAPITRE III. — JUSTIFICATION DU DROIT DE PRÉFÉRENCE PAR L'IDÉE DE PERSONNALITÉ MORALE DE LA MASSE

§ 1 ^{er} . Exposé de la théorie	45
§ 2. Analyse de la notion de Masse . . .	49
§ 3. La Masse constitue-t-elle une personne morale ?	62
§ 4. Conséquence principale de la personnalité morale de la masse	83
§ 5. Conséquences secondaires de la personnalité morale de la masse	96
A) Pas de suspension de droit individuel de poursuite	97
B) Pas de procédure de vérification ni d'affirmation des créances	104
C) Pas de déchéance du terme ni de cessation du cours des intérêts ..	105
D) Les noms des créanciers ne figurent pas dans les exploits	106
E) Pas d'action sur les patrimoines du failli ou des créanciers individuellement	107
F) Les actions personnelles à la masse ne peuvent être exercées après sa dissolution	109

DEUXIEME PARTIE

Sources des dettes de la masse	117
--------------------------------------	-----

TITRE PREMIER

LES OBLIGATIONS CONTRACTUELLES DE LA MASSE	118
---	-----

CHAPITRE PREMIER. — POUVOIRS DU SYNDIC OU DU LIQUIDÉ ASSISTÉ DU LIQUIDATEUR EN VUE D'OBLI- GER LA MASSE PAR CONTRAT	119
---	-----

CHAPITRE II. — CONTRATS NOUVEAUX SOUSCRITS PAR LE SYNDIC, ET CONTRATS ANCIENS CONTINUÉS PAR LUI ÈS QUALITÉS	138
---	-----

Section I. — Contrats nouveaux souscrits par le syndic	138
---	-----

Section II. — Continuation des contrats du failli par le syndic ès qualités	141
--	-----

CHAPITRE III. — LE LOUAGE	150
---------------------------------	-----

Section I. — Le louage d'objets mobiliers ...	150
---	-----

§ 1 ^{er} . Exposé du Conflit	151
---	-----

§ 2. Prétentions opposées des loueurs et des syndics	153
---	-----

§ 3. Jurisprudence	159
--------------------------	-----

§ 4. Discussion des prétentions	199
---------------------------------------	-----

§ 5. Faits d'où peut résulter la preuve de la continuation tacite de la location par la masse	210
---	-----

Section II. — Le Louage d'immeuble	217
--	-----

1 ^{er} . Exposé de la législation	217
--	-----

§ 2. La location est continuée par la masse	223
--	-----

§ 3. La location n'est pas continuée	231
§ 4. Le syndic ne prend pas parti	234
§ 5. La location est continuée mais le syndic interrompt le commerce et fait vendre les meubles	245
<i>Section III. — Le louage de services</i>	249
§ 1 ^{er} . Le contrat de travail est continué par la masse	250
§ 2. Interruption du contrat de travail continué par la masse	253
§ 3. Le contrat de travail n'est pas con- tinué par la masse	259
CHAPITRE IV. — LE CONTRAT D'ASSURANCE	260
<i>Section I. — Régime de la loi du 13 juillet 1930</i>	261
<i>Section II. — Régime antérieur à la loi de 1930</i>	263
§ 1 ^{er} . Continuation de la police	264
§ 2. Le syndic n'a pas pris parti	265
§ 3. Le syndic continue puis rompt le contrat	280
CHAPITRE V. — CONTRATS DIVERS	281
§ 1 ^{er} . La vente	281
§ 2. Autres applications de la jurispru- dence	286
§ 3. Abonnements aux services publics.	290
CONCLUSION DU TITRE PREMIER	292

TITRE II

<i>LES OBLIGATIONS EXTRACONTRACTUELLES DE LA MASSE</i>	295
--	-----

CHAPITRE PREMIER — DETTES DE LA MASSE PAR

LA VOLONTÉ DU CRÉANCIER 296

Section I. — La gestion d'affaires 297*Section II. — L'enrichissement sans cause.* 305*Section III. — La répétition de l'indû* 321

CHAPITRE II. — DETTES ISSUES D'UN ACTE ILLICITE

DE LA MASSE OU DE SES PRÉPOSÉS 333

*Section I. — La masse peut-elle être tenue par
des obligations délictuelles* 334§ 1^{er}. Le syndic est-il le mandataire de la
masse 334§ 2. Le syndic est-il le préposé de la
masse 337

§ 3. Le syndic est l'organe de la masse.. 341

*Section II. — Etendue de la responsabilité de
la masse* 344§ 1^{er}. Distinction de l'organe et du pré-
posé 344§ 2. Répartition de la responsabilité entre
la masse et le syndic personnellement. 348*Section III. — Les délits du failli et la masse.* 364

CHAPITRE III. — DETTES DE LA MASSE PAR LA VO-

LONTÉ DE LA LOI 367

*Section I. — Les dépens des actions, pure-
ment pécuniaires soutenues par ou contre la
masse* 367*Section II. — Les dépens des actions mixtes* 379*Section III. — Les impôts de la masse* 393*Section IV. — Les aliments accordés au failli
et à sa famille* 407

TROISIEME PARTIE

Règlement des dettes de la masse	409
---	------------

CHAPITRE PREMIER. — RÈGLEMENTS DES DETTES

DE LA MASSE APRÈS CONCORDAT	410
-----------------------------------	-----

§ 1 ^{er} . Effets du concordat à l'égard des créanciers de la masse	411
---	-----

§ 2. Rapports entre créanciers de la masse et créanciers chirographaires du failli, après concordat	413
---	-----

CHAPITRE II. — RÈGLEMENTS DES DETTES DE LA

MASSE EN CAS D'UNION	415
----------------------------	-----

§ 1 ^{er} . Concours entre créanciers privilé- giés du failli et créanciers de la masse.	416
---	-----

§ 2. Concours entre créanciers de la masse	419
---	-----

CONCLUSION. — DROIT COMPARÉ	437
-----------------------------------	-----

Législation belge	438
-------------------------	-----

Législation suisse	440
--------------------------	-----

Législation soviétique	443
------------------------------	-----

Législation égyptienne	444
-----------------------------	-----

Législation allemande	445
-----------------------------	-----

Législation italienne	447
-----------------------------	-----

Législation roumaine	449
----------------------------	-----

Législation portugaise	451
------------------------------	-----

Législation argentine	451
-----------------------------	-----

BIBLIOGRAPHIE	456
---------------------	-----

CAEN

Imprimerie A. OLIVIER

CARON & C^{ie}, Successeurs

34, rue Demolombe

